COORDENADORA:

JULIA MAURMANN XIMENES

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP
GRUPO DE TRABALHO (GT): DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

AUTORES:

ANA CAROLINA FIGUEIRÓ LONGO
QUEZIA ARCOVERDE MEDEIROS
HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA
MARTA BATTAGLIA CUSTÓDIO
DANIEL BOGÉA
GIORDANO ALAN BARBOSA SERENO
LEANDRO BELLOC NUNES
LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERÍSSIMO
LUCAS BORGES DE CARVALHO
OCTAVIO PENNA PIERANTI
MARCOS DIAS DE OLIVEIRA
PAULO ROBERTO AZEVEDO MAYER RAMALHO
VITOR SILVA DE ARAÚJO

Organização

Julia Maurmann Ximenes

XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DO IDP – GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

1ª edição

Autores:

Ana Carolina Figueiró Longo
Quezia Arcoverde Medeiros
Hector Luis Cordeiro Vieira
Marta Battaglia Custódio
Daniel Bogéa
Giordano Alan Barbosa Sereno
Leandro Belloc Nunes
Levi Borges de Oliveira Veríssimo
Lucas Borges de Carvalho
Octavio Penna Pieranti
Marcos Dias de Oliveira
Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho
Vitor Silva de Araújo

IDP
Brasília
2016

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Julia Maurmann Ximenes

Esta publicação é resultado do Grupo de Trabalho – Direitos Sociais e Políticas Públicas realizado no XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP liderado pelo professor do mestrado da EDB, Drª. Julia Maurmann Ximenes e organizado pelo Centro de Pesquisa – CEPES do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ocorrido no dia 28/10/2016 de outubro de 2016, consubstanciado na apresentação dos trabalhos acadêmicos previamente selecionados pelo sistema OJS e avaliados pelo método do *double blind review* no Portal de Grupos de Trabalho do IDP (http://portalgt.idp.emnuvens.com.br/).

Os grupos de trabalho realizados nos grandes eventos do IDP visam integrar e divulgar as linhas de pesquisa e os trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado e centros de pesquisa do Brasil, abrindo um importante espaço de divulgação e debate de produções de artigos científicos. O Congresso contou com a participação de profissionais e pesquisadores de diferentes regiões do país que se reuniram e promoveram um debate intenso sobre a temática condutora: “Constituição e Novas Tecnologias: Interfaces para um Novo Direito Constitucional”. Cada Grupo de Trabalho teve um temática específica.

Os debates do Grupo de Trabalho – Direitos Sociais e Políticas Públicas trataram de temas de relevância nacional e cuja participação tanto de profissionais e pesquisadores justificou a produção de um livro com o resultado de todas estas reflexões. Viabiliza-se, dessa forma, o oferecimento para toda a comunidade acadêmica e profissional de uma obra de potencial impacto, dada sua atualidade e emergência de seu conteúdo e o caráter inovador de suas proposições.

Espera-se que a leitura destes textos possa conduzir o leitor a uma reflexão sobre a efetivação dos direitos sociais por intermédio das políticas públicas, atrelados a questões relacionadas à inclusão, à cidadania e a própria democracia brasileira.

Boa leitura!

O PROGRAMA DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR E OS CRITÉRIOS DE EXCLUSÃO: UMA ANÁLISE NORMATIVA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

THE HOME CARE PROGRAM AND EXCLUSION CRITERIA: A REGULATORY ANALYSIS IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH

Ana Carolina Figueiró Longo[1]
Quezia Arcoverde Medeiros[2]

Resumo: O artigo versa sobre os critérios de exclusão concernentes ao Programa de Internação Domiciliar, com vistas a produzir uma análise da efetivação do Direito Constitucional à Saúde. A Internação Domiciliar é uma modalidade de atenção domiciliar à saúde caracterizada pela assistência continuada com oferta de recursos humanos e equipamentos para pacientes com condições clínicas complexas. Neste sentido, objetiva-se apresentar um estudo normativo da legislação brasileira e das regulamentações deste programa no Brasil, com ênfase no Distrito Federal. Por fim, o estudo também visa a refletir as normativas de acesso a este direito social, sem necessitar de mecanismos de judicialização das demandas em Saúde Pública.

Abstract: The article deals with the exclusion criteria concerning Brazilian Home Care Program, in order to produce an analysis of the effectiveness of brazilian constitutional right to health. Home Care is a modality of care characterized by continued assistance with supply of human resources and equipment for patients with complex medical conditions. In this sense, the aim of this article is to present a normative study of Brazilian law and regulations of the program in Brazil, with emphasis in the Federal District. Finally, the study also aims to reflect the norms of access to this social right, without the need of mechanisms of judicialization of demands on Public Health.

Palavras-chave: Programa de Internação Domiciliar. Direito Constitucional à Saúde. Atenção Domiciliar. Critérios de Exclusão no Distrito Federal. Políticas Públicas.

Keywords: Hospitalization Program Homecare. Constitutional Right to Health. Care Homecare. Exclusion criteria in the Federal District. Public policy.

INTRODUÇÃO

Histórico da Atenção Domiciliar e os marcos normativos no Brasil

O Sistema Único de Saúde brasileiro possui a tarefa de equilibrar, dentro de um contexto de restrição de recursos e de forma pragmática, no sentido de buscar

---

[1] Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Professora do Curso de Direito do UniCEUB, Analista Processual da Procuradoria Geral da República.

[2] Especialista em Gestão Pública pela Fortium, Bacharel em Serviço Social pela Universidade de Brasília, Assistente Social da Secretaria de Saúde do Distrito Federal e aluna do terceiro semestre do Curso de Direito na UniCEUB.

um modelo sustentável de Atenção Domiciliar, do ponto de vista operacional, organizado de modo que possa ser acessível e includente nos mais diferentes cenários nacionais e eticamente comprometido com a proteção aos atores vulnerados, ou seja, o paciente e sua família (FLORIANI, 2011).

A configuração do cuidado como valor jurídico remete aos estudos da alteridade, acentuado o debate no século XXI, cujo significado conduz o ser humano a se colocar no lugar do outro na relação interpessoal (PEREIRA, 2009). Desta forma, é necessário compreender a vida no sentido da alteridade como a ética cordial em sentido humanista. A vida humana é um bem fundamental e não absolutivizado, visto que assim sendo, excluiria o diálogo e o relacional. O que é absoluto é o respeito pela vida humana, onde há tutela da dignidade (LIONÇO, 2010).

A precarização dos contextos urbanos, a partir da Revolução Industrial, trouxe situações insalubres de urbanidade, como saneamento básico, higienização domiciliar e moradias deletérias, vinculadas as condições socioeconômicas e educacionais, originou uma realidade a ser superada até os dias atuais.

O Programa de Internação Domiciliar é uma iniciativa perspicaz para propiciar uma humanização da saúde e qualidade de vida para os assistidos, contudo, existem desafios referentes aos critérios de exclusão e capacitação das equipes para uma ótica da efetivação dos princípios constitucionais. Além de repensar as normativas para possibilitar o acesso a este direito social, sem necessitar de mecanismos de judicialização das demandas em Saúde Pública.

A Atenção Domiciliar inicializou com experiências na América do Norte e Europa, em 1947, objetivando estender os cuidados do hospital no ambiente familiar e residencial. Configura-se um ambiente de inclusão e promoção de vínculos familiares para a promoção dos cuidados em saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012).

A iniciativa pretende, desde sua origem, proporcionar condições mais dignas aos pacientes, adequando uma recuperação próxima de seus familiares e longe do ambiente hospitalar, no conforto de sua casa. A questão que se coloca, contudo, é a possibilidade de excluir um paciente desta forma diferenciada de tratamento e pôr em risco a melhora de seu estado de saúde, ou das condições em que recebe o tratamento.

A primeira experiência brasileira de atendimento domiciliar foi o Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência, fundado em 1949 e vinculado ao Ministério do Trabalho. Contudo, a primeira atividade de Atenção Domiciliar foi iniciada pelo setor público com o Serviço de Assistência Domiciliar do Hospital de Servidores Públicos do Estado de São Paulo, desde 1963 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012). Ao longo dos anos, com o sucesso dos primeiros projetos, os Serviços de Atenção Domiciliar se expandiram de forma crescente, no País, necessitando de uma maior regulamentação de seu funcionamento, de modo a incorporar sua oferta às práticas institucionalizadas no Sistema Único de Saúde (SUS).

A primeira normativa a tratar sobre os requisitos de credenciamento de hospitais e critérios para a Internação Domiciliar no SUS foi a Portaria MS nº 2.416, de 23 de março de 1998, que visava proporcionar a humanização do atendimento e acompanhamento de pacientes cronicamente dependentes. Ademais, pretendia promover a desospitalização para abranger a família nos cuidados em saúde com o paciente e diminuir o risco de infecções hospitalares.

Apenas em 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002, modificando a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para colocar as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e do funcionamento de serviços correspondentes, regulamentando a assistência domiciliar no SUS.

A forma de estruturação dos Serviços de Atenção Domiciliar, foi regulamentada em 2006, pela Resolução da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 11, de 26 de janeiro de 2006, que dispõe sobre o regulamente técnico de funcionamento dos serviços que prestam Atenção Domiciliar.

Em outubro de 2006, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n° 2.529, que institui, no âmbito do SUS, a internação domiciliar como um conjunto de atividades prestadas no domicílio a pessoas clinicamente estáveis que exijam intensidade de cuidados acima das modalidades ambulatoriais, mas que possam ser mantidas em casa, por equipe exclusiva para esse fim.

Em outubro de 2011, esta portaria substituída pela Portaria MS n° 2.029[3], que estabelece normas de cadastro dos Serviços de Atenção Domiciliar (SAD), suas

---

[3] Vale frisar a constante mutação da legislação no Brasil é uma variável a ser constatada. Essa mesma portaria foi em seguida alterada pela Portaria MS n° 1.533, de 16 de julho de 2012, que altera e acresce dispositivos à Portaria nº 2.527/GM/MS, de 27 de outubro de 2011, que redefine a Atenção

respectivas equipes multidisciplinares de atenção domiciliar (EMAD) e equipes multidisciplinares de apoio (EMAP) e habilitação dos estabelecimentos de saúde aos quais estarão vinculadas, regras de habilitação e valores de incentivo. A partir dessa normativa foi estabelecido os graus de Atenção Domiciliar, quais sejam:

> AD1 - possuam problemas de saúde controlados/compensados e com dificuldade ou impossibilidade física de locomoção até uma unidade de saúde; necessitem de cuidados de menor complexidade, incluídos os de recuperação nutricional, de menor frequência, com menor necessidade de recursos de saúde e dentro da capacidade de atendimento das Unidades Básicas de Saúde (UBS); e, não se enquadrem nos critérios previstos para as modalidades AD2 e AD3;
>
> AD2 - demanda por procedimentos de maior complexidade, que podem ser realizados no domicílio, tais como: curativos complexos e drenagem de abscesso, entre outros; dependência de monitoramento frequente de sinais vitais; necessidade frequente de exames de laboratório de menor complexidade; adaptação do usuário e/ou cuidador ao uso do dispositivo de traqueostomia; adaptação do usuário ao uso de órteses/próteses; adaptação de usuários ao uso de sondas e ostomias; acompanhamento domiciliar em pós-operatório; reabilitação de pessoas com deficiência permanente ou transitória, que necessitem de atendimento contínuo, até apresentarem condições de frequentarem serviços de reabilitação; uso de aspirador de vias aéreas para higiene brônquica; acompanhamento de ganho ponderal de recém-nascidos de baixo peso; necessidade de atenção nutricional permanente ou transitória; necessidade de cuidados paliativos; necessidade de medicação endovenosa ou subcutânea; ou, necessidade de fisioterapia semanal;
>
> AD3 - existência de pelo menos uma das situações admitidas como critério de inclusão para cuidados na modalidade AD2; e, necessidade do uso de, no mínimo, um dos seguintes equipamentos/procedimentos: a) Suporte Ventilatório não invasivo: i. Pressão Positiva Contínua nas Vias Aéreas (CPAP); e, ii. Pressão Aérea Positiva por dois Níveis (BIPAP); b) diálise peritoneal; e, c) paracentese. Sendo considerados de Internação Domiciliar apenas os pacientes identificados como AD2 e AD3 (BRASIL, 2013).

Em seguida, em 25 de abril de 2016, publicou-se a Portaria MS n° 825, que reorganizou os critérios clínicos para a submissão à Atenção Domiciliar, a saber:

Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). E, novamente, foi redefinada pela Portaria MS n° 963, de 27 de maio de 2013.

> AD2 - afecções agudas ou crônicas agudizadas, com necessidade de cuidados intensificados e sequenciais, como tratamentos parenterais ou reabilitação; afecções crônico-degenerativas, considerando o grau de comprometimento causado pela doença, que demande atendimento no mínimo semanal; necessidade de cuidados paliativos com acompanhamento clínico no mínimo semanal, com o fim de controlar a dor e o sofrimento do usuário; ou, prematuridade e baixo peso em bebês com necessidade de ganho ponderal;
> AD3 - o usuário com qualquer das situações listadas na modalidade AD2, quando necessitar de cuidado multiprofissional mais frequente, uso de equipamento(s) ou agregação de procedimento(s) de maior complexidade (por exemplo, ventilação mecânica, paracentese de repetição, nutrição parenteral e transfusão sanguínea), usualmente demandando períodos maiores de acompanhamento domiciliar.

Regulamentação do Programa de Internação Domiciliar no Distrito Federal

Profissionais da Secretaria de Saúde do Distrito Federal criaram em 1994, na Regional de Saúde de Sobradinho, o SAMED - Serviço de Assistência Multiprofissional em Domicílio, transformado, em 2000, em NAMID - Núcleo de Assistência Médica a Internados em Domicílio (SERAFIM, 2011).

O reconhecimento do trabalho desenvolvido pela equipe do SAMED/NAMID chegou com a criação da Coordenação de Internação Domiciliar, visando à expansão do Programa para as demais Regionais de Saúde do Distrito Federal.

Essa Coordenação posteriormente foi incorporada pela Gerência de Atenção Domiciliar (GEAD), criada após a edição da Portaria MS n° 2.529/2006. A GEAD presta assistência domiciliar aos pacientes da Secretaria de Saúde do Distrito Federal por intermédio dos seus Serviços de Atenção Domiciliar.

O Projeto de implantação do Programa de Internação Domiciliar (PID) do Distrito Federal foi aprovado pelo Conselho de Saúde do DF e homologado pelo Secretário de Saúde, pela Resolução DF n° 56, em 14 de outubro de 2008, que publica o Projeto de Implantação do Programa de Internação Domiciliar do Distrito Federal.

DESENVOLVIMENTO

Internação Domiciliar e Direito à Saúde

Saúde é direito constitucional explícito, de índole prestacional, incluída entre os direitos de segunda dimensão. Como norma programática, estabelece o comando

ao detentor de poder para que desenvolva as políticas públicas suficientes e necessárias para atender à população, de modo a garantir que tenham condições de acesso às ações de saúde preventiva, curativa ou de recuperação. Para a Organização Mundial da Saúde, o conceito de saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”[4]. O mesmo documento ainda acrescenta que é dever dos Estados proporcionar os meios para que seus cidadãos gozem da melhor saúde possível.

A característica programática da norma constitucional brasileira que determina a prestação do direito à saúde não ilide o administrador da observância deste direito de forma a assegurar condições dignas de vida a todos os cidadãos.

O Programa de Internação Domiciliar se enquadra na atuação efetiva do Poder Público em buscar melhorar as condições de vida daqueles que estão em situação de enfermidade, proporcionando condições de dignidade para que estejam junto aos seus familiares.

O princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1°, III, da Constituição Federal, reflete a base para o Estado Democrático de Direito e repercute em todo o texto como norma a determinar a interpretação e concretização. Da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana decorre deveres concretos de tutela por parte do Estado, no intuito de proteger a dignidade de todos, garantindo o respeito e a promoção por meio de medidas positivas ou prestacionais (LIONÇO, 2010).

> *Ao se defender a dignidade humana na esfera ética, ela é afirmada na extensão de que toda vida humana é digna e em todas as suas dimensões. Assim, a dignidade humana, como meio, é estendida para o reconhecimento do humano como um ser digno, evidenciado nas inter-relações culturais e na compreensão do que é ser humano.*
>
> *(...)*
>
> *Nas esferas material e jurídica, a dignidade é construída pelo agir humano e pelo agir do Estado; em determinado momento é limite; em outro, é objeto de ação (2010, p. 68-69).*

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana efetivado ao se permitir ao paciente o atendimento de Internação Domiciliar, de modo a assegurar-lhe todos os direitos e deveres fundamentais, entre eles o direito à saúde, da forma menos

---

[4] Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.

invasiva possível. A prática atende o dever estatal de assegurar o respeito pela vida e pela integridade física e moral, que não pode ser interpretada de forma mecânica e automática nos processos em que há necessidade de intervenção estatal para a preservação da saúde.

É mister observar que o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social, adoecendo, participar das decisões acerca de seu próprio tratamento, assim, é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer, essa é a razão das normas jurídicas (SILVA, 2016).

Ainda que se possa discutir a pertinência do atendimento domiciliar, não se pode excluir a necessidade de desequiparação em relação a certos pacientes, quando sua condição de saúde permitir que, mesmo gravemente doente, possa receber os cuidados médicos no ambiente de sua casa, de modo a lhe proporcionar uma situação de maior acolhimento quando enfrenta enfermidade grave.

A oportunidade de se oferecer o Serviço de Atenção Domiciliar deve levar em consideração as características de cada paciente, sem que isso represente qualquer privilégio em relação a outros cidadãos em atendimento hospitalar.

O princípio da igualdade deve ser analisada por meio da concorrência de quatro elementos, quais sejam: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa para o bem do público (MELLO, 2002).

É importante destacar, por outro lado, que, a escassez de recursos não pode ser uma barreira para a inclusão dos pacientes que puderem fazer jus ao programa. Se é possível oferecer aos pacientes uma condição mais digna de enfrentar uma enfermidade grave, lhe proporcionando condições de amparo próximo de seus familiares, por meio de um programa público, cabe ao Estado viabilizar a efetivação da medida.

Implica dizer: o princípio da reserva do possível não se aplica a esta hipótese.

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis (SILVA, 2016). Este princípio assevera que – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[5].

Deste modo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal[6], o Administrador Público está vinculado às normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal, e à sua efetivação por meio das políticas públicas que as regulamentam. A sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando a possibilidade de não dar cumprimento à norma constitucional. Deste modo, o Administrador Público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à sua finalidade: o bem-estar e a justiça social.

Dos critérios de exclusão

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta Magna, não deve sofrer bloqueios infligidos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele[7].

Em precedente emitido pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, destaca que se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos,

---

[5] Conforme Jurisprudência, Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 MG, Ministro Celso de Mello, em 02 de dezembro de 2014.

[6] Idem.

[7] Entendimento de jurisprudência como consta nos autos do Recurso Extraordinário n° 226.835-6 RS - Supremo Tribunal Federal – Ministro Ilmar Galvão.

operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

O cumprimento do dever político-constitucional consagrado neste dispositivo de Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa[8].

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (BRASIL, p. 14, 2014).

O processo de atenção domiciliar é medida eficiente para assegurar o direito de acesso à saúde, mas há que se refletir se eventuais previsões de exclusão do programa poderiam representar um retrocesso à situação jurídica do paciente.

A alta na Atenção Domiciliar é o "ato que determina o encerramento da prestação de serviços de atenção domiciliar em função de: internação hospitalar, alcance da estabilidade clínica, cura, a pedido do paciente e/ou responsável, óbito" (BRASIL, 2006).

A Portaria MS n° 825, de 25 de abril de 2016, dispõe sobre a motivação da alta no programa, qual seja:

Art. 15. O descumprimento dos acordos assistenciais entre a equipe multiprofissional e o usuário, familiar (es) ou cuidador (es) poderá acarretar a exclusão do usuário do SAD, ocasião na qual o atendimento do usuário se dará em outro serviço adequado ao seu caso, conforme regulação local.

Destaca-se que o Caderno de Atenção Domiciliar do Ministério da Saúde coloca os critérios de alta nas modalidades AD2 e AD3, a saber: melhora das condições clínicas e/ou estabilidade clínica, com encaminhamento para outro ponto de atenção à saúde como a atenção básica; agravo do quadro que justifique internação hospitalar; mudança da área de abrangência; piora de condições domiciliares mínimas que comprometa resolutividade e/ou segurança na atenção domiciliar, em casos específicos; inexistência de um cuidador, quando este for

[8] Conforme Jurisprudência, Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 MG, Ministro Celso de Mello, em 02 de dezembro de 2014.

fundamental para manter o paciente em cuidados domiciliares; solicitação de desligamento a pedido do paciente e/ou familiar; não cumprimento das combinações construídas no plano de cuidados, após tentativas de negociação/repactuação entre equipe/família/cuidador/usuário com o objetivo de reconstruir vínculo; óbito (BRASIL, 2012).

O conceito de Saúde, segundo a Organização Mundial de Saúde, remonta a multidisciplinariedade e define como sendo um estado de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecções e enfermidades. A Saúde passa a ser, portanto, um bem social de valor coletivo em detrimento da perfeição morfológica, oriunda da chamada harmonia funcional, provocando a ampliação para o campo da multidisciplinariedade.

É fundamental que a equipe multidisciplinar consiga realizar os procedimentos de alta com vistas a integralidade nos cuidados em saúde, propiciando a continuação do atendimento domiciliar pelas outras equipes da atenção básica, na modalidade AD1, de forma articulada, com o objetivo de que o cuidado no domicílio seja continuado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012).

No âmbito do Distrito Federal, o Programa Melhor em Casa foi regulamentado pela Resolução DF n° 56, em 14 de outubro de 2008, que publica o Projeto de Implantação do Programa de Internação Domiciliar do Distrito Federal. Neste Projeto são ampliados os critérios de exclusão do programa, com destaque, para a recomendação sobre a exclusão por motivo de “ausência de condições de higiene necessária a cada caso”, propiciando a alta das modalidades AD2 e AD3, consequentemente, do Programa de Internação Domiciliar. Esta previsão contraria o dever de prestação de condições de saúde, e, consequentemente, coloca em risco direito à vida dos pacientes.

Os Serviços de Atenção Domiciliar (SAD) recorrentemente encontram situações de questões de higiene precárias, dado ao quadro de vulnerabilidade social das famílias atendidas, além de questões psicológicas, como a depressão, o sofrimento psíquico da perda de um ente, entre outras, que dificultam a percepção da equipe multidisciplinar e esta, por sua vez, viabiliza a exclusão do paciente da Internação Domiciliar[9].

[9] Conforme, verifica-se nos anos de atuação como Assistente Social no Programa de Internação Domiciliar no Distrito Federal, desde de 2010 até os dias atuais.

Conforme Chammé (2002), o paciente é incluído eficazmente, ou não, nos mecanismos das Políticas Públicas destinadas à promoção de saúde, o corpo traduz, a partir dos sintomas de estado de saúde ou estado de doença, o maior ou menor grau de inclusão ou de exclusão social, representado pela inserção e ressonância participativa do usuário dos serviços de saúde - portador de um corpo adoecido -, na desigual realidade em que vive enquanto um sujeito considerado sem saber e sem poder.

A nitidez das relações de poder entre o familiar, que necessita do acesso à Saúde para promover dignidade ao seu ente, e o profissional, detentor do conhecimento e do acesso, é crucial para entender e aprofundar o debate sobre os critérios de exclusão do Programa de Internação Domiciliar.

A contradição, no entanto, está no modo como a generalização das informações, em especial aquelas que se referem aos hábitos sobre saúde se impõem à população que padece de outras tantas precariedades. O mais grave é que, à medida em que se incorporam ao cotidiano da classe subalterna, as ações não têm ocorrido como condição formativa ou educativa, ficando relegadas simplesmente ao plano informativo.

Como decorrência da referida constatação, temos que os valores que vêm de fora, pelo fato de não serem partes originais das ações cotidianamente vivenciadas pelo agrupamento social, instalam-se nele, no geral pela via normativa e impositiva e, ao invés de se tornarem uma forma de aprendizado útil e consciente, reduzem-se ao mero cumprimento de tarefas impostas pelas regras, concretizando-se como simples comportamento imitativo sem qualquer referencial de originalidade (CHAMMÉ, p. 7, 2002).

Assim, de acordo com Chammé (2002), as formas de controle social concebidas, no geral estabelecidas pelas Políticas Públicas - sempre em nome da boa higiene e do estado de salubridade ideal e desejado por todos-, leva a dedução que, no caso da Saúde Pública, os sujeitos sociais, a nível individual e/ou coletivo, temendo pelas sanções advindas do não cumprimento das imposições expressas pelas regras, adotam, como padrão incontestável de conduta, diretrizes propostas por outrem que não os próprios interessados: eles mesmos.

Excluir um paciente, tão somente, porque o domicílio não goza de perfeitas condições de higiene é excluir a própria efetividade do programa. O Programa de Atenção Domiciliar, ainda que disponibilizado para todos os brasileiros, atende apenas aqueles que não têm condições financeiras de arcar com os custos da

saúde privada. Num ambiente social não propício, não há como fazer exigências incompatíveis com a situação social do beneficiário do programa de saúde.

A Atenção Domiciliar deve ser fornecida de modo isonômico, mas observando as características de cada paciente. É possível que a atuação direta da equipe multidisciplinar responsável pelo paciente possa minimizar as condições de falta de higiene, ao invés de excluir o paciente. Isso porque, para atender ao princípio da isonomia, a entrega do direito deve observar os direitos individuais de cada cidadão (DWORKIN, 2011), respeitadas as individualidades e peculiaridades. Cabe ao Estado, portanto, observar essas características e adaptar os programas de modo a viabilizar a efetiva prestação do direito à saúde.

Judicialização da Saúde Pública

O Poder Judiciário tem um papel fundamental na efetivação de direitos fundamentais prestacionais, especialmente se há dúvida significativa em sua concretização, como no caso aqui em discussão de alta do programa de Atenção Domiciliar, se as condições de higiene não forem favoráveis.

A Judicialização é um processo relativamente recente, datado dos fins do século XIX. Como consequência da Revolução Francesa, iniciou-se a implementação da jurisdição única e ampliação dos poderes dos juízes. Os ideais de liberdade e igualdade paulatinamente aproximaram a sociedade do Poder Judiciário, o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado (SILVA, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro, a previsão da Saúde como direito fundamental, material e formal está prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A judicialização da Saúde Pública deveria apenas tratar das exceções e não do acesso universal, já previsto constitucionalmente. É crucial que as normativas propiciem o acesso amplo e não a criação de mais demandas judiciais para obter atendimento. As ações regulatórias do Estado devem ser amparadas no princípio da eficiência ao prestar os serviços de saúde pública, quer de forma direta ou indireta,

optando pelas medidas que, segundo o juízo de oportunidade e conveniência da Administração, se mostrem idôneas para a consecução da qualidade do atendimento, em consonância com o preceito constitucional da cobertura universal (REIS, 2016).

Nessa mesma linha de pensamento, os direitos de prestação devem ser oferecidos à população balizados pelo princípio da eficiência do qual trata o artigo 37 da Magna Carta, onde a saúde deve ser prestada de acordo com os parâmetros de alcance de resultados otimizados, presteza e eficiência. Na prestação da saúde, de forma direta ou indireta, deve o Estado atuar sempre com eficiência, outrossim, orientado por outros princípios constitucionais e direitos fundamentais de defesa do indivíduo, em busca da máxima qualidade e da menor judicialização do tema (REIS, 2016).

O debate da judicialização do direito à saúde é questão que urge ser redimensionada, envolvendo não apenas o Poder Judiciário – destinatário das demandas –, como também os gestores públicos, os profissionais do Direito e da saúde e a sociedade civil como um todo (REIS, 2016).

Por este ângulo, o Conselho Nacional de Justiça, preocupando-se com a necessidade de celeridade das decisões, da relação direta com o direito à vida e da complexidade do que significa tratamento e prevenção em saúde, elementos que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais, criou no Distrito Federal a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), com o propósito de fortalecer os mecanismos extrajudiciais de efetivação do direito à saúde. Inicialmente, foi fomentada e estruturada pelo Comitê Distrital de Saúde e, após, passou a ser conduzida pela Defensoria Pública e pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, sob a supervisão do comitê. Essa experiência possibilitou a criação de um espaço de mediação para resolução extrajudicial de conflitos por meio de conciliação e mediação entre os cidadãos e os gestores do SUS (BRASIL, 2015).

A experiência do Distrito Federal se concentrou em três grandes estratégias institucionais de efetivação do direito à saúde: criar um espaço de diálogo institucional a partir do Comitê Distrital, constituir uma estrutura de resolução consensual de conflitos em saúde; e promover o empoderamento dos cidadãos a partir de soluções consensuais (BRASIL, 2015).

Conforme, verificado na fala do Defensor Público apensada a esta pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, o direito à saúde deve ser visto de maneira a ampliar o acesso e não no sentido de dificultá-lo,

O direito de ter acesso ao serviço de saúde, e aí tem que assinar a integralidade, não é acesso a qualquer serviço de saúde. É acesso a um serviço de saúde que seja minimamente eficiente e que tenha uma proposta terapêutica para o que a pessoa tem. Não precisa ser a melhor tecnologia que existe, não precisa ser o melhor medicamento do mundo, não precisa ser a terapia nova que surgiu na Malásia, mas atendimento. E o que eu tenho observado é que o nosso direito à saúde, ele depende muito da luta social por ele, infelizmente as camadas mais pobres da sociedade que são a maior parte das pessoas que a gente defende aqui tem o seu direito à saúde como algo formal, falta inclusão material. Basta você observar que boa parte dos grandes programas de sucesso da saúde pública brasileira são vinculados às doenças que afetam a população de forma horizontal, ou seja, afeta rico, afeta classe média e afeta pobre, com o exemplo da coagulopatia, Aids, câncer (BRASIL, p. 110, 2015).

Essa perspectiva coaduna com o reconhecimento de que as instituições possuem a missão de orientar a sociedade em relação ao exercício dos seus direitos, limites e possibilidades. Sendo, inclusive, uma das finalidades institucionais da Defensoria Pública e dos Conselhos Regionais de Saúde.

Conclusão

O artigo procurou discutir a concretização do direito constitucional à saúde, por meio do programa de Atenção Domiciliar, gerido pelo Governo do Distrito Federal, e o risco de proteção insuficiente com os procedimentos previstos para a concessão de alta.

A Atenção Domiciliar busca dar uma condição de dignidade aos pacientes com graves enfermidades, mas que podem receber tratamento em casa, mesmo que em condições semelhantes à internação. No ambiente doméstico e próximo aos seus familiares, o paciente com grave enfermidade poderá gozar do amparo afetivo que resta diminuído em leitos hospitalares e, com isso, proporcionar uma melhora no quadro de saúde, ou um óbito próximo aos seus familiares.

A dúvida repousa em circunstâncias de alta da Atenção Domiciliar que podem representar uma ruptura no tratamento e, consequentemente, redução da prestação do direito à saúde fornecido àquele paciente.

O programa, para efetivar em sua plenitude o direito à saúde precisa observar os interesses individuais de cada paciente atendido, dada a especificidade da Atenção Domiciliar. Com isso, situações de alta, como a motivada por falta de

higiene no ambiente doméstico pode representar situação de completa exclusão do paciente do sistema de saúde público.

Com efeito, a Atenção Domiciliar é oferecida a todos os cidadãos, de forma indiscriminada, mas acaba por acolher apenas os brasileiros que não tem condições de atendimento na rede privada de saúde. Daí a necessidade de um olhar que compreenda que, em muitas oportunidades, os domicílios dos pacientes em situação próxima à miséria não terão as condições ideais de higiene.

Todavia, esta não pode ser uma razão, por si só, para a exclusão do paciente do atendimento especializado, ao contrário, a busca por estas condições de higiene deve ser um dos elementos a serem buscados pela equipe multidisciplinar responsável, sob pena de violação, pelo próprio Estado, do fornecimento do direito à saúde.

Referências

BRASIL. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.424, de 15 de abril de 2002. Acrescenta capítulo e artigo à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes, e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 abr. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10424.htm>. Acesso em 25 de maio de 2016.

BRASIL. Portaria MS n° 963, de 27 de maio de 2013. Redefine a Atenção Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0963_27_05_2013.html>. Acesso em 05 de abril de 2016.

BRASIL. Portaria MS n° 825, de 25 de abril de 2016. Redefine a Atenção Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e atualiza as equipes habilitadas.

Disponível em: < http://u.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/27/PORTARIA-825.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2016.

BRASIL. Resolução Diretoria Colegiada RDCANVISA 11, de 26 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o regulamento técnico de funcionamento de serviços que prestam assistência domiciliar. Brasília-DF, Diário Oficial da união, 27 jan. 2006. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/1978e4804745973e9f9ddf3fbc4c6735/RDC+N%C2%BA11-2006.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 20 de maio de 2016.

BRASIL. Resolução DF n° 56, em 14 de outubro de 2008. Aprova por unanimidade o Projeto de Implantação do Programa de Internação Domiciliar no Distrito Federal. Disponível em: < http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2008/11_Novembro/DODF%20225%2012-11-08/Se%C3%A7%C3%A3o01-%20225.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2016.

CHAMMÉ, Sebastião Jorge. Corpo e Saúde: Inclusão ou Exclusão Social. Saúde e Sociedade, n° 11, 2002.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana, São Paulo: Saraiva, 2011.

FLORIANI, Ciro Augusto. Cuidados Paliativos no Brasil: Desafios para sua Inserção no Sistema de Saúde. Cuidados Paliativos: Diretrizes, Humanização e Alívio dos Sintomas. Franklin Santana Santos (org.). São Paulo: Editora Atheneu, 2011.

LIONÇO, Márcia Helena Caprara. O direito e a morte: uma abordagem ética. Caxias do Sul, RS: Educ, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, São Paulo: Malheiros, 2002.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Caderno de Atenção Domiciliar. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. Por uma ética do cuidado. Marisa Schargel Maia. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SERAFIM, Alexandre Peixoto; Rubens Antônio Bento Ribeiro. Internação Domiciliar no SUS: breve histórico e desafios sobre sua implementação no Distrito Federal. Brasília: ESCS, Comunicação Ciências da Saúde, 2011.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em 18 de abril de 2016.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da Saúde: em busca de uma contenção saudável. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em 10 de abril de 2015.

REIS, Wanderlei José dos. Terceirização: Solução à Judicialização da Saúde Pública. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=247>. Acesso em 31 de maio de 2016.

JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) E A REGULAMENTAÇÃO DA LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

JUDICIALIZATION OF THE CONTINUOUS SUPPLY BENEFIT AND REGULATION OF THE ORGANIC WELFARE LAW

Marta Battaglia Custódio[10]

Hector Luís Cordeiro Vieira[11]

RESUMO

O Benefício de Prestação Continuada é um benefício previsto na Constituição que visa a garantir aos idosos e pessoas com deficiência que não conseguem prover sua própria subsistência, nem tê-la provida por sua família, o recebimento de um salário mínimo mensal. O aumento substantivo do número de casos em que o Poder Executivo nega o Benefício de Prestação Continuada pleiteado pela via administrativa e que posteriormente é revertido pelo Poder Judiciário, obrigando a sua concessão, trouxe à tona algumas questões relacionadas ao ativismo judiciário e à constitucionalização das demandas sociais. A legislação infraconstitucional, que regulou a matéria, limita a concessão do BPC aos idosos e pessoas com deficiência cujas famílias recebem abaixo de um patamar fixo de renda familiar *per capita*, estipulado em ¼ do salário mínimo. A jurisprudência, entretanto, tem afastado essa limitação e o próprio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessa regra, dando prazo para que o governo federal adequasse a legislação. Com o objetivo de compreender os argumentos trazidos pelos magistrados acerca do tema, para apresentar subsídios à discussão, este trabalho buscou na jurisprudência os elementos que foram considerados pelos juízes em substituição à norma afastada.
PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS SOCIAIS – ATIVISMO JURÍDICO – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

ABSTRACT

Continuous Supply Benefit (CSB) is a social benefit stablished in the brazilian Constitution which aims to ensure the elderly and people with disabilities who can not fend for themselves, or have it provided by their family, a minimum wage monthly. The substantial increase in the number of cases in which the government denies CSB claimed by administrative means and which is later reversed by the judiciary, forcing its concession, brought to light some issues related to judicial activism and the constitutionalization of social demands. The infra-constitutional legislation, which regulated the matter, merely granting the BPC to the elderly and people with disabilities whose families are below a per capita income set at ¼ of the minimum wage. The Supreme Court, however, has removed this limitation of the law and declared this rule unconstitutional, setting a time for the federal government to adequate the legislation. In order to understand the arguments brought by the magistrates on the subject, to provide subsidies for discussion, this study is based on jurisprudence to understand the elements that were considered by the judges to replace the rejected standard.
KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS – LEGAL ACTIVISM – PROVISION CONTINUOUS SUPPLY BENEFIT

---

[10] Doutora em Nutrição Humana Aplicada, Coordenadora de Resultados e de Impacto na Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação no Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Estudante do 5º sem. Direito, IDP.
[11] Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisador, sociólogo e advogado.

INTRODUÇÃO

Reza a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 203, inciso V, que os idosos e as pessoas com deficiência que não possuírem meios de prover a própria subsistência, nem tê-la provida por sua família, serão beneficiados com um salário mínimo mensal.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o meio pelo qual a União efetiva esse direito constitucional e tem sua gestão feita pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), mais especificamente pela Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), que é responsável pela implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação do benefício. A operacionalização é realizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). A pessoa atendida pelo BPC deve estar inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico). A inscrição nesse cadastro permite o acesso a diversos programas sociais, tais como o Programa Bolsa Família (PBF), a Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE), dentre outros.

Além do dispositivo constitucional, as normas legais que dizem respeito ao BPC são a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS, Lei Federal nº 8.742/1993), que regulamentou o BPC, o Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003), que, dentre outros, reduziu de 67 para 65 anos a idade mínima de elegibilidade ao benefício e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015).

Segundo o MDS, para se ter direito ao benefício, o solicitante precisa comprovar que a renda mensal familiar *per capita* é inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo e, caso seja pessoa com deficiência, também precisa passar por avaliações médica e social realizadas por profissionais do INSS. Todos os atendidos pelo BPC devem passar por revisão a cada dois anos. A LOAS veda a concessão a quem já recebe qualquer benefício previdenciário público ou privado[12].

Para o cálculo da renda *per capita*, devem ser somados todos os rendimentos recebidos no mês por aqueles que compõem a família (considerando família o requerente, seu cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto do idoso ou da pessoa com deficiência) e o valor de renda bruta familiar assim calculada deve ser dividido pelo número dos integrantes da família. Para o MDS, o BPC recebido por um

[12] § 4º, Art.20, Lei Federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

membro da família deve integrar os rendimentos que entram no cálculo da renda familiar mensal, salvo se ele for concedido a pessoa idosa e o cálculo da renda familiar *per capita* for para a concessão do benefício a outro idoso. Há, portanto, uma distinção entre famílias com dois idosos, ou com um idoso e uma pessoa com deficiência, ou com duas pessoas com deficiência. Também não entram no cálculo da renda mensal familiar os programas de transferência de renda, como Bolsa Família, e benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária.

O objetivo deste estudo é analisar a argumentação dos magistrados que julgaram litígios entre a União e demandantes do BPC, buscando, entender a concepção orientadora da posição jurídica acerca do modelo de proteção social consagrado na Constituição. Adicionalmente, mapear os principais elementos utilizados pelos magistrados para a concessão do BPC e que sejam constitucionalmente válidos e com isso prover subsídios ao estabelecimento de novos parâmetros, em socorro ao § 11º do artigo 20 da Lei Federal nº 8.742/1993, que hoje carece de regulamentação.

Quanto à metodologia desta pesquisa, deve-se esclarecer que a principal fonte de dados são as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O STJ não rediscute, em Recurso Especial, os fatos já tratados em instâncias inferiores. Ele se atém a analisá-los em face da Lei Federal contestada, que no caso aqui tratado é a LOAS. Há, portanto, nesta fonte de dados, um acúmulo de decisões fáticas (da primeira e segunda instância) e jurídicas (com relação à aplicabilidade da lei 8.742/1993), que constituem esse primeiro *corpus* de análise e que fornecerá um primeiro cenário genérico sobre a matéria estudada.

Os documentos foram analisados com auxílio do *software* NVivo™ (versão 10), com o intuito de se encontrar os argumentos e justificações proferidos pelos magistrados em suas decisões, sobre a aplicabilidade dos critérios de concessão do BPC para idosos e pessoas com deficiência de baixa renda. O *software* NVivo foi concebido para dar suporte às pesquisas de métodos qualitativos e mistos, ajudar a organizar e analisar as informações não estruturadas em categorias estruturadas e interligadas, de forma mais ou menos automatizada, ao gosto do usuário, tendo no caso deste trabalho, sido feita a opção pela análise menos automatizada e mais esmiuçada e refletida.

No *site* do STJ, em “Jurisprudência do STJ” foi feita uma primeira busca utilizando-se dois critérios: (1) o julgado deveria conter a sigla “BPC” ou (2) a expressão exata “benefício de prestação continuada”.

A pesquisa retornou 525 acórdãos e 13.221 decisões monocráticas sobre o assunto. Com o objetivo de recortar o objeto aos julgados que estão mais adiantados em termos de julgamento no tribunal, decidiu-se focar a análise exclusivamente nos acórdãos. Dos 525, apenas **73 acórdãos** guardavam relação com a disputa quanto aos critérios socioassistenciais de concessão do benefício (BPC), que é o objetivo deste trabalho. Os demais, ignorados de pronto, tratavam de questões processuais (como, e.g., a legitimidade do INSS ou da União para configurar em um dos polos do litígio ou o não cabimento do recurso por aquela via adotada etc.) ou de questões relativas ao BPC como sinônimo de aposentadoria vitalícia ou de pensão por morte, incluindo disputas por reajustes, pelo teto da aposentadoria ou sobre tempo de contribuição.

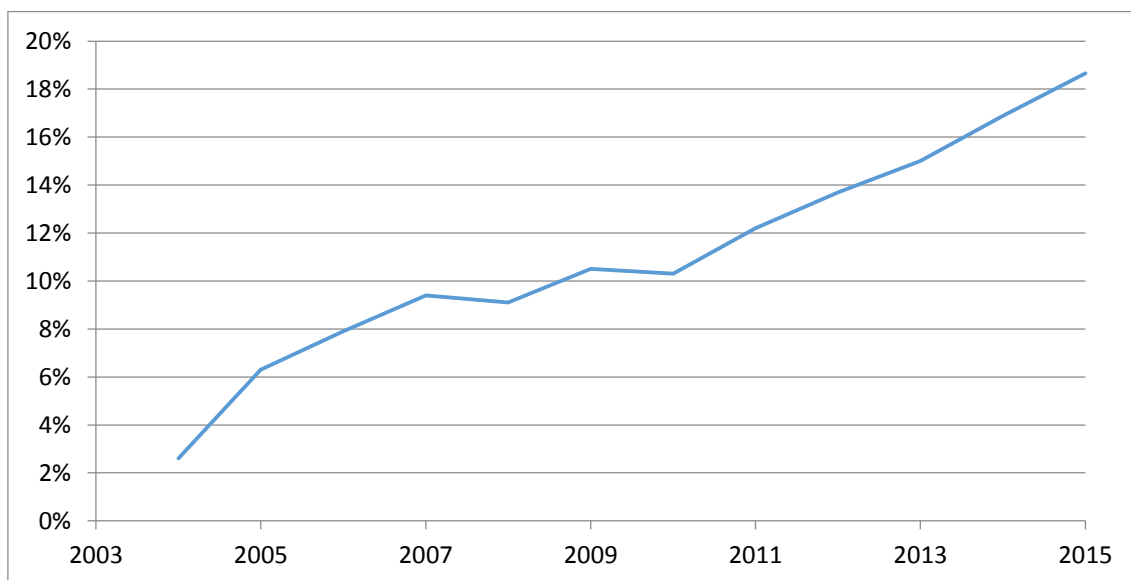
Em um segundo momento, utilizou-se outra ferramenta de busca disponibilizada pelo *site* do STJ, que é a "Pesquisa Pronta". Nessa seção, em "Direito Previdenciário", foi pesquisado o item "BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AOS IDOSOS NOS TERMOS DO ARTIGO 34 DO ESTATUTO DO IDOSO". Da pesquisa pronta, foram encontrados **76 acórdãos**, sendo dois classificados como "repetitivos" (ou seja, diante de grande número de ações similares, o Tribunal elege um caso emblemático para ser julgado, suspendendo o julgamento de todos os outros, e a decisão sobre esse caso destacado irá repercutir sobre os demais).

Por fim, os dois grupos, de 73 e 76 acórdãos, foram compilados em um único documento de texto, de 609 páginas. Nele foram removidas as duplicidades dos acórdãos que se encontravam em ambos os conjuntos, **restando 127 acórdãos**. Estes constituíram o *corpus* analítico.

Esse arquivo foi primeiramente classificado conforme o tipo de ação ou recurso (ação rescisória, petição, embargos, agravos e recursos especiais) e para cada um dos acórdãos foram identificadas as seguintes seções: EMENTA, ACÓRDÃO, RELATÓRIO e VOTO. A primeira análise, de cunho exploratório, restringiu-se apenas à seção "voto", tendo sido desprezadas as outras categorias previamente criadas ("ementa", "acórdão" e "relatório").

Da leitura desse material, foram sendo identificadas e criadas categorias de análise, e elas foram cinco: "hermenêutica constitucional"; "dignidade da pessoa humana"; "jurisprudência"; "percepção da miserabilidade"; e "elementos da vulnerabilidade". O motivo da escolha dessas categorias foi o de organizar as linhas argumentativas expostas pelos juízes, de modo a agrupar aquelas que tinham a mesma natureza, e tentar verificar se os argumentos utilizados por eles em cada linha temática eram similares entre si.

Em face das negativas na concessão administrativa do benefício, alegando-se que o demandante não satisfaz os requisitos estabelecidos na legislação que regulamenta a matéria, muitas pessoas têm recorrido ao poder judiciário contra a União para conseguir receber o BPC, com elevada taxa de sucesso. Há uma corrente de magistrados que percebeu uma incompatibilidade entre o texto constitucional, que destina o benefício a todos os que não possuam meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, e o texto do artigo 20, § 3º da lei 8.742/1993, que limita a concessão do BPC apenas às pessoas cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo. Neste contexto, estudo[13] aponta que, em 2015, 16,9% dos benefícios eram concedidos via decisões judiciais. A figura 1 mostra que essa é uma tendência ascendente.

Figura 1 - Percentual de benefícios do BPC concedidos pela via judicial sobre o total de benefícios concedidos anualmente - 2004 a 2015

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do Suibe/Dataprev

Dada a alegada incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição da República Federativa do Brasil, em sede de Recurso Extraordinário o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do §3º do artigo 20 da Lei Federal nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade, ou seja, dando pela sua validade até 31 de dezembro de 2014[14].

[13] COPPETTI, C. S. L. e CRISPIM, M. A. 2015. O processo de judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) - 2004 a 2014. *39º Encontro Anual da ANPOCS*. Caxambu, MG : ANPOCS, 26 a 30 de oububro de 2015. p. 36.

[14] RE 580.963, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013.

Diante da declaração de inconstitucionalidade do fragmento da norma legal, a administração não poderia mais negar o benefício tendo por motivação o citado artigo, deveria, ao revés, propor adequação na legislação à decisão proferida pelo STF.

Com relação a esta adaptação, a Lei Federal nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 105 alterou a redação do artigo 20 da Lei 8.742/1993, incluindo a possibilidade de serem "utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento".

Falta, entretanto, regulamentar a matéria disposta no § 11º do artigo 20 da LOAS, para estabelecer quais são os critérios que deverão ser considerados para concessão do BPC.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE BRASILEIRA

O Constitucionalismo moderno trouxe grandes avanços na formatação dos Estados nacionais. Este movimento jurídico-político teve como grandes alicerces de seu desenvolvimento dois pontos específicos: i) os direitos e garantias fundamentais; ii) a organização do Estado em regime de competências, funções e poderes. A conjunção de fatores históricos, políticos, econômicos, jurídicos e sociológicos levou à necessidade do rearranjo das instituições estatais a partir de novos paradigmas.

Ao longo da história, surgiram três paradigmas básicos de organização política: o "Estado de Direito", o "Estado de Bem-Estar Social" e o "Estado Democrático de Direito" e, a eles associados, respectivamente, os "direitos de primeira geração" (individuais), "direitos de segunda geração" (coletivos e sociais) e "direitos de terceira geração"[15] (difusos, compreendendo os direitos ambientais, do consumidor e congêneres)[16].

A estabilização do paradigma do Estado Democrático de Direito tal como é concebido na modernidade deu-se com o assentamento do pressuposto da submissão do Estado ao império da lei, bem como da participação popular nas esferas de tomada de decisões estatais.

[15] É importante destacar que conforme Norberto Bobbio, a divisão dos direitos fundamentais em geração é tecnicamente inadequada, pois a tal palavra conota a superação da geração posterior sobre a geração seguinte, o que não acontece em verdade. Ao longo da história, os direitos fundamentais vão se acumulando geração após geração, o que implicaria dizer que a nomenclatura mais adequada a se utilizar seria dimensões. BOBBIO, Norberto. A **era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992

[16] REsp nº 1566527 / MG (2011/0027101-2) – Relatora: Min. REGINA HELENA COSTA - PRIMEIRA TURMA. Última fase: 06/11/2015 conclusos para julgamento. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

A principal questão de se garantir os direitos individuais era conter o abuso do poder estatal, ou seja, dizia respeito a um Estado não interventor, em oposição à monarquia absolutista que não conhecia limites em seu modo de agir. Por outro lado, a conquista de liberdades individuais não foi suficiente para a harmonização social, pois as desigualdades e os desníveis sociais gigantescos vivenciados pela Europa no século XIX trouxeram à baila a necessidade de se falar em direitos não apenas do ponto de vista formal, mas também do sob o aspecto material: era preciso equilibrar melhor a distribuição da riqueza produzida na sociedade. Os direitos sociais e coletivos (trabalhistas, de saúde etc.) vieram para corrigir essas distorções inerentes ao modelo produtivo que surgiu da revolução industrial.[17] Por fim, os direitos coletivos e difusos de consumidores trazem à tona uma nova gama de bens jurídicos que merecem ser tutelados, dada a relevância que ganharam no mundo atual.

Inspirada na Constituição portuguesa de 1976, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é por muitos considerada a "constituição cidadã", pois traz uma série de responsabilidades e deveres ao Estado voltados para a concretização dos direitos de segunda e de terceira geração. Além de elencar os direitos e garantias fundamentais e direitos sociais em seus artigos 5º e 6º, traz ao longo de todo seu texto uma série de garantias com relação à saúde, à educação, à proteção social, ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e outros.

Essa afinidade com o texto constitucional português veio acompanhada do conceito formulado pelo professor Canotilho[18]. Ele propagava que de nada adiantaria a existência de normas programáticas na Carta Magna se a elas não fosse reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico àquele dado aos demais preceitos constitucionais. Para ele, tais normas devem ser dotadas de força para:

> 1. Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição);
> 2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
> 3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.[19]

---

[17] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.
[19] CANOTILHO. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 184.

A partir dessas bases, foi possível falar em Constituição Dirigente como sendo um formato de documento jurídico no qual o seu conteúdo passou a vincular as gerações futuras do poder público não apenas delimitando o campo de atuação, como, também, direcionando explicitamente o desenvolvimento da relação entre Constituição, Estado e a Sociedade. Pode-se dizer, então, que a Constituição dirigente, ao contrário daquelas que se classificam como garantia e balanço[20], têm a peculiaridade de estabelecer um plano de direção para uma evolução política, apresentando vários ideais a serem concretizados.

Ambos os paradigmas políticos, Estado Democrático de Direito e Constituição de Dirigente ganham, assim, relevância especial na compreensão dos direitos sociais e, mais especificamente, na efetivação desses direitos por intermédio do poder público.

2. COMO EFETIVAR AS PROMESSAS CONSTITUCIONAIS? JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU ATIVISMO JUDICIAL? BREVES CONSIDERAÇÕES

Julia Ximenes afirma que a partir da Constituição de 1988 “muito se tem debatido, no campo jurídico e político, sobre a efetivação do extenso rol de direitos sociais constitucionalizados e o papel do Poder Judiciário nesta tarefa”. [21]

No campo teórico, o ativismo judiciário presente na literatura norteamericana “implica uma postura ‘invasiva’ do Poder Judiciário no tocante à definição de políticas públicas, motivada por um descrédito ao caráter majoritário dos outros poderes”[22] e tem uma conotação negativa, pois está associada a uma invasão excessiva de um poder sobre os demais, desequilibrando o princípio da separação dos poderes.[23]

De fato, quando está se falando em “ativismo judicial”, ou “judicialização das políticas públicas”, o que está em discussão são os mecanismos de inter-relação entre poderes autônomos e distintos, consagrados na constituição. O simples fato de uma pessoa ingressar com uma ação no poder judiciário para impor um dever de agir ao poder executivo, *e.g.* fornecer um medicamento ou conceder um benefício sócio-assistencial, por si só pode ser considerado

---

[20] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.
[21] XIMENES, Júlia. **A Judicialização das Políticas Públicas - ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?** Res Pvblica. Brasília: ANESP, v. 10, n. 1, p. 33-46, jan/jun 2011. p.1
[22] XIMENES, Júlia. **A Judicialização das Políticas Públicas - ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?** Res Pvblica. Brasília: ANESP, v. 10, n. 1, p. 33-46, jan/jun 2011. p.9
[23] MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l’esprit des lois**. 1748. Edição eletrônica revisada, estabelecida por Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. Disponível em: http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf . Acesso em 29/09/2016.

como uma “judicialização da política”, uma vez que o poder judiciário não age de ofício (apenas quando é provocado) e que há uma aparente falha na política pública, gerando uma controvérsia entre o Estado e o cidadão, que deve ser solucionada pelo poder judiciário.

Tomando por exemplo a política pública do Ministério da Saúde (MS) destinada à distribuição de medicamentos, se o remédio solicitado pela via judicial faz parte da lista de medicamentos que o MS distribui, essa interferência pode esbarrar em uma mera questão de fluxo, de estoque ou de gestão, porém está inserida no âmbito de uma política já instituída. Entretanto, se ele não faz parte do rol de medicamentos fornecidos pela pasta e o juiz dá provimento ao pedido, essa “intromissão” é maior, pois impõe uma alteração em dotações orçamentárias, produz um ruído que não é desprezível na gestão da política. Este último caso caracteriza um ativismo judiciário, ou seja, são os magistrados assumindo para si o papel de legislador, passando a incluir no rol de medicamentos a serem distribuídos um que talvez nem tenha passado pelo crivo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA[24]).

Tanto a judicialização da política pública como o ativismo judicial têm em sua origem ações individuais ou ações promovidas pelo Ministério Público, que tem por função proteger os interesses sociais coletivos. Se, por um lado, esse ativismo amplia direitos (garantindo aos que recorreram ao poder judiciário uma prestação por parte do poder executivo), por outro cria uma clientela privilegiada, pois confere uma benesse apenas a um grupo que não é concedida aos demais destinatários da política.[25] Mais ainda, em grande escala essa situação pode gerar graves distorções tanto do ponto de vista gerencial como orçamentário, de tal monta que pode até desestruturar e inviabilizar a própria política universalizante.

Entretanto, se por um lado há uma conotação negativa, é também notório que o ruído causado pela intromissão do judiciário no executivo faz com que este reveja suas políticas para justamente atender aos anseios da população, captados pela quantidade de ações judiciais. É o caso, *e.g.*, da liberação do *Canabidiol*, antes presente na lista de medicamentos de uso proscrito

---

[24] Para uma discussão bastante profícua a partir do desenvolvimento de teses acerca do ativismo judicial, ver: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010 e BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (org.). Constituição & Ativismo Judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011.

[25] Em que pese não ser este o foco da pesquisa, um problema que toca profundamente todo este cenário é o do Acesso à Justiça que como dito acaba se restringindo a uma parcela da população que detém certos mecanismos de entrada nas vias que operacionalizam a judicialização dessas demandas.

da ANVISA, mas que, com a interferência dos magistrados devido à pressão da sociedade, passou a fazer parte do rol de remédios permitidos no Brasil, desde janeiro de 2015.

Essa relação entrelaçada de um agir e reagir, que vai costurando, moldando e adaptando a política pública ocorre em um contexto de demandas sociais infinitas e em um cenário de orçamento limitado. A política ora expande, ora retrai, e esse "sentir" é captado pelos agentes públicos, ora levado em consideração, utilizado como retórica argumentativa da negação de acesso, ora como fundamentação valorativa de permissibilidade de ingerência.

No caso brasileiro, ao STF compete precipuamente zelar pela guarda da Constituição Federal (art. 102 da Constituição). A Carta Maior, por sua vez, tem comandos imperativos voltados à sociedade e aos poderes políticos e que são destinados a construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Cabe, portanto, ao Supremo cuidar para que tais imperativos constitucionais não fiquem apenas no papel. Nas palavras de Ximenes:

> percebe-se que ao constitucionalizar os direitos, tira-se da política o seu papel preponderante, passando para os Tribunais Constitucionais (no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal) a discussão de cunho político (BERCOVICI, 2003). Isto de certa forma foi "legitimado" pelo próprio texto constitucional – é atribuição do Supremo, a ação é de competência exclusiva desta Corte, o grupo que pode provocar o controle de constitucionalidade foi ampliado. O próprio desenho institucional do controle de constitucionalidade "judicializou" a política e de certa forma a legitima.[26]

Assim, com autorização conferida pela própria constituição, o judiciário "desceu do Olimpo" e, como guardião das promessas constitucionais, decidiu aproximar o povo da justiça. Para Torquato,

> Se a inapetência do Poder Legislativo "beirava a anorexia", conforme lembra o ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo também se limitava a constatar o fato. Mas as situações começaram a bater na Corte com tanta intensidade que os magistrados, no vácuo legislativo, decidiram agir. Ministros direcionam suas antenas para captar o ruído social.[27]

Tendo tocado o chão dos homens comuns, o STF afastou as travas impostas pela LOAS à concessão do BPC aos vulneráveis por idade e deficiência de baixa renda, legitimando as decisões proferidas pelos tribunais em primeira e segunda instâncias.

Destarte, tendo feito a distinção entre o ativismo judiciário e a judicialização da política, passa-se a seguir ao objeto desse estudo, que é verificar a relação do poder judiciário

---

[26] XIMENES, Júlia. **A Judicialização das Políticas Públicas - ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?** Res Pvblica. Brasília: ANESP, v. 10, n. 1, p. 33-46, jan/jun 2011. pp.4-5.
[27] TORQUATO, Gaudêncio. 2008. **O judiciário desce do Olimpo.** Artigos. CEBRASSE - Central Brasileira do Setor de Serviços. [Online] 01 de 09 de 2008. [Acessado em: 04 de 04 de 2016.] http://www.cebrasse.org.br/730.

sobre o Benefício de Prestação Continuada no âmbito da política de assistência social ofertada pelo poder executivo federal.

3. O QUE TEM A DIZER O JUDICIÁRIO QUANDO PROVOCADO SOBRE O TEMA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

No que diz respeito à hermenêutica constitucional, o texto de Eros Grau auxilia na compreensão de como a Constituição tem o condão de produzir efeitos, impondo, a todos jurisdicionado seus ditames. Segundo ele, a interpretação da Constituição deve se realizada considerando o todo de seu texto. Ela é a constituição política do Estado e, entre o dever-ser constitucional (concepção formal) e o ser constitucional (concepção material), a Constituição expressa não apenas a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, mas também fatores jurídicos. Cada povo tem a Constituição que lhe convém e se lhe adéqua e ela demanda permanente atualização, sem a qual não obterá efetividade. Seu intérprete não se limita a compreender o mundo do dever ser, mas também a realidade, os fatores reais do poder, o momento histórico. A prática hermenêutica pelo Poder Judiciário ocorre no plano da realidade político-social e, neste sentido, a Constituição enquanto norma está sendo cotidianamente reelaborada, só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica. O que existe não é a Constituição do Brasil como está no papel, mas tal como está sendo interpretada/aplicada. [28]

A Constituição busca a proteção ao idoso e à pessoa com deficiência, por meio de concessão de benefício assistencial. O inciso V do artigo 203 da Constituição Federal assim dispõe:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Ou seja, pela regra constitucional, idosos e pessoas com deficiência que não consigam prover a própria manutenção são considerados vulneráveis e necessitam de proteção estatal.

---

[28] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. Para mais, ver: AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 749.019 - MS (2005/0077104-1). Julgado em: 15/04/2010.

O artigo 34 do Estatuto do Idoso afirma que é assegurado às pessoas, a partir de 65 anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, um salário-mínimo por mês e que este valor, se já concedido a qualquer membro idoso da família, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS. Isso significa que o idoso contemplado pelo BPC não deve compor a dimensão econômica do núcleo familiar, quando em análise a concessão de benefício assistencial a outro idoso. E isso se deve porque a renda mínima que ele recebe é personalíssima e se presta, exclusivamente, à sua manutenção, protegendo-o da situação de vulnerabilidade social. Ora, se a Constituição não faz distinção entre vulneráveis (idosos e deficientes) a LOAS deveria garantir às pessoas com deficiência o mesmo amparo que o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 garante aos idosos.

Assim, alterando precedentes já assentados anteriormente[29], o STJ identificou essa lacuna normativa a desproteger pessoas com deficiência hipossuficientes e o judiciário passou a proceder de acordo com os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dá ao juiz o poder de decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, quando a lei for omissa, e de aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Estendeu-se assim a forma de cálculo da renda *per capita* do grupo familiar que conta com um idoso economicamente vulnerável também para os casos em que o pleiteante (ou outro membro da família já contemplada pelo BPC) é pessoa com deficiência, ou seja, em ambos os casos não importa se o demandante do BPC é idoso ou pessoa com deficiência, se houver outro benefício assistencial no domicílio ele não será computado para o cálculo da renda familiar *per capita*.

O § 3º do artigo 20, da Lei 8.742/1993, que estabelece requisito financeiro (renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo) foi declarado inconstitucional pelo STF, pois é possível encontrar situações de patente miserabilidade social (situação em que a própria manutenção física está comprometida) fora do alcance da norma. A decisão do Supremo, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS.

Ocorre que o próprio conceito de miserabilidade pode ser bastante subjetivo, uma vez que a pobreza extrema é provocada por uma multidimensionalidade de variáveis[30], uma

---

[29] Ao apreciar a ADI 1.232-1/DF, em 27 de agosto de 1998, o STF declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em 28/09/2016.

[30] CUSTÓDIO, 2015. A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder

delas sendo a renda, mas não exclusivamente. E, para cada um desses elementos, a ponderação pode ser diferente no caso concreto.

Note-se que no RE 580.963/MT, julgado sob o rito da repercussão geral, o STF também declarou a inconstitucionalidade parcial, e por omissão, sem a pronúncia de nulidade, do parágrafo único, do artigo 34, da Lei nº 10.741/03, porque nele não se previu a exclusão do cálculo da renda familiar *per capita* os benefícios assistenciais recebidos por pessoas com deficiência, no valor de até um salário mínimo.

Ressalta-se, entretanto, que nos últimos tempos a União tem buscado meios de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS para avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes, editando ou alterando leis que introduziram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais[31]. Ainda assim, a legislação permanece com suas lacunas no que diz respeito ao que se entende por miserabilidade, aquela condição que impede a pessoa de manter-se com dignidade.

De acordo com o voto da Ministra Cármen Lúcia[32]:

> A pobreza extrema vem sendo definida, juridicamente, como *"la* marque *d'une infériorité par rapport à um état considéré comme normal et d'une dépendance par rapport aux autres. Elle est um état d'exclusion qui implique l'aide d'autrui pour s'en sortir. Elle est surtout relative et faite d'humiliation et de privation*". TOURETTE, Florence. *Extrême pauvreté et droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 2001, p. 4. [33]

E ela continua:

> Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República).

Nessa seara, vale destacar trecho do acórdão proferido pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Mato Grosso (MT), que assim assentou:

Câmara; coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, p. 511-530, 2015. Disponível em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5znv4pn/SGRiVEs748313ScK.pdf. Acesso em 28/09/2016.

[31] Tais como a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; e a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

[32] AgR no Agravo de Instrumento 470.975-6/SP, publicado no DJ de 18/12/2006.

[33] Tradução livre: *A pobreza extrema é definida juridicamente como uma marca de inferioridade com relação a um estado considerado como normal e de uma dependência com relação aos outros. Ela é um estado de exclusão que implica a ajuda de outro para que a pessoa possa sair dele. Ela é, sobretudo, relativa e feita de humilhação e de privação.*

> negar o benefício ao autor seria condená-lo a permanecer o resto da vida em situação de vulnerabilidade e pobreza, contrariando a ordem constitucional, mormente considerando tratar-se de pessoa total e permanentemente incapacitada para trabalhar. Portanto, tenho que tais fatores são suficientes para demonstrar que a recorrente não tem condições de manter sua subsistência nem de tê-la provida pela sua família.[34]

Segundo o artigo 194 da Constituição, a seguridade social destina-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social e eles devem ser organizados, dentre outros, com base na universalidade da cobertura e do atendimento, na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços e na irredutibilidade do valor dos benefícios. Ademais, o texto constitucional afirma que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à previdência social para dar proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, amparando aqueles que necessitarem, promovendo a integração ao mercado de trabalho e cuidando das pessoas com deficiência.

Para Carla Bronzo, a vulnerabilidade possui uma dimensão territorial – significa que algumas áreas são mais segregadas que outras e impõem uma vulnerabilidade maior à população que vive ali – e é cumulativa, dado seu caráter multifacetário[35].

Quando a pessoa encontra-se incapacitada para o trabalho e desfruta de situação econômica precária, sem meios de prover seu sustento e ou de tê-lo provido por sua família, o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana é fragilizado, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, e nestas condições a política de assistência social deve atuar de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

Por esse motivo, sob o pálio dos recursos repetitivos, o judiciário reforçou o posicionamento de que o critério de renda não pode ser o único meio de se comprovar a miserabilidade da pessoa, conforme segue:

> a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1⁄4 do salário mínimo.[36]

---

[34] RECURSO CONTRA SENTENÇA DO JUIZADO CÍVEL 2007.36.00.901691-8 / MT, publicado em 15/10/2009.

[35] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Programas de proteção social e superação da pobreza: concepções e estratégias de intervenção**. Tese apresentada na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito à obtenção do título de Doutor em Sociologia e Política. UFMG. Belo Horizonte, 2005.

[36] REsp 1112557⁄MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20⁄11⁄2009.

Assentado no princípio do livre convencimento motivado do juiz, o julgador pode considerar outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade e conceder o benefício, que "traduz inegável garantia à manutenção da subsistência da pessoa com deficiência e da pessoa idosa que faça parte do núcleo familiar"[37].

Em face dessa compreensão, são inúmeros os julgados em que se afastou a norma limitadora da renda familiar *per capita* para a concessão do benefício e que passaram a incluir a aferição da vulnerabilidade por outras maneiras. Também foram inúmeros os casos em que se desconsiderou o modo como o MDS calcula a renda familiar quando este inclui o benefício de pessoa com deficiência ou outras prestações assistenciais já existentes na família no cômputo dos rendimentos familiares totais, pois isso foi considerado equivocado pelos magistrados, que têm firmado jurisprudência a esse respeito. Seguem trechos elucidativos de diferentes acórdãos referentes a esse entendimento, de 2009, 2011, 2012 e 2013:

> Diante do novo posicionamento firmado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal, somado ao caráter social do benefício de prestação continuada, não se pode adotar solução ao presente caso senão a que admite a pluralidade de formas de aferição da miserabilidade de quem pretende receber o benefício assistencial.[38]

> Eis a controvérsia: saber se o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, percebido por membro do grupo familiar, deve ser excluído ou não do cálculo da renda mensal per capita familiar, para fins de concessão de benefício assistencial, uma vez que o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso se refere apenas ao benefício de prestação continuada.
> A meu ver, a finalidade da legislação, ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência.
> Nessa linha de raciocínio, também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.[39]

> A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, para fins de concessão de benefício assistencial, deve ser excluído do cálculo familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo independentemente de se tratar de benefício social ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso. [40]

> A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, ao julgar a Pet 7.203/PE, relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, firmou entendimento no sentido de que o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 pode ser aplicado, por analogia, para se excluir, da renda familiar per capita, o benefício previdenciário ou assistencial de

---

[37] REsp 1355052 SP 2012/0247239-5. Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES. Julgamento: 25/02/2015.
[38] AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 507.210 - RS (2003/0036407-1), Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de publicação: 04/05/2009.
[39] STJ – AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.394.683 (2011/0011645-4), 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 01/12/2011.
[40] AgRg no AREsp 227.619/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 19/10/2012.

> valor mínimo recebido por pessoa idosa, para fins de concessão de benefício de prestação continuada a outro membro da família...[41]

Fica patente que o STJ firmou o entendimento no sentido de que é permitida a concessão do benefício a segurados que comprovem outros meios caracterizadores da condição de hipossuficiência, que não exclusivamente a limitação da renda familiar *per capita*, não excluindo a possibilidade de o magistrado, ao julgar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte autora da ação e de sua família, não observando estritamente o critério da renda familiar *per capita* previsto no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93.

Ademais, com o intuito de se identificar o entendimento do poder judiciário sobre o nível de deficiência que deveria estar caracterizado para que a pessoa fizesse jus ao BPC, foram verificadas as argumentações trazidas pelos juízes acerca do significado da deficiência que incapacite a pessoa para o trabalho. A este respeito, ilustra bem o voto proferido pelo juiz relator José Magno Linhares Moraes, TJBA, Salvador, BA)[42], conforme segue:

> Em relação ao conceito de incapacidade para a vida independente, a jurisprudência pátria vem firmando o seguinte entendimento: (1) não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se; (2) não significa incapacidade para as atividades básicas do ser humano, tais como se alimentar, fazer sua higiene e se vestir sozinho; (c) não impõe a incapacidade de se expressar ou de se comunicar; (3) não pressupõe dependência total de terceiros; (4) apenas indica que a pessoa portadora de deficiência não possui condições de se autodeterminar completamente ou depende de algum auxílio, acompanhamento, vigilância ou atenção de outra pessoa, para viver com dignidade.

Pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz, são inúmeras as situações que se apresentaram nos autos e que levaram os magistrados a concluir pela concessão do benefício (algumas de forma diversa à apregoada pela legislação), respaldadas pelos laudos médicos periciais, outras não. Foram recorrentes situações envolvendo: interdição, doença degenerativa, retardo mental, esquizofrenia, portador de HIV, câncer, hidrocefalia, deficiência física, lesões e sequelas de projéteis de arma de fogo, transtornos depressivos recorrentes, cegueira total ou parcial etc.

Tendo aberto o leque de opções para se aferir quem é e quem não é elegível ao benefício, surgem diversas percepções dos magistrados acerca da miserabilidade e/ou da vulnerabilidade. Depreende-se da leitura dos processos que muitas vezes é difícil para ele distinguir duas famílias nas mesmas condições habitacionais, de estrutura familiar similar, quando uma recebe ¼ e a outra aufere meio salário mínimo *per capita*, por exemplo.

---

[41] AgRg na Pet 7423 / PE. Rel. Desemb. Alderita Ramos de Oliveira. DJe: 19/06/2013.

[42] No pedido de uniformização de jurisprudência nº 2008.32.00.703722-1 (decidido em 18/09/2009).

Para ilustrar alguns dos elementos que surgiram da leitura das decisões judiciais, foram escolhidos dez fragmentos de acórdãos, com alguns grifos inseridos para destacar trechos relevantes a esse propósito exemplificativo.

No primeiro caso ilustrativo, o magistrado considera elementos como os gastos suportados pela família com itens básicos como contas de serviços públicos, alimentação e vestuário. Na sequência, reforça a impossibilidade laboral por parte do beneficiário e as despesas médicas elevadas em função da doença. Por fim, ressalta que o único membro da família no mercado de trabalho ganha um salário mínimo, o que seria insuficiente para cobrir todas as despesas familiares. Esses motivos sustentaram a decisão de prover o benefício.

Caso 1

> Nesse sentido, devem ser consideradas as despesas suportadas pela família referentes à alimentação, contas de água, energia elétrica, medicamentos e vestuário, além dos gastos com o tratamento médico da requerente que, segundo a assistente social, ultrapassam a renda familiar; sem deixar de lado que a anomalia da requerente a impossibilita de exercer atividade laborativa, principalmente as que exigem esforço físico, o que a impede de contribuir com as despesas da casa. Portanto, **em virtude das grandes despesas com medicamentos e tratamentos médicos** (vide prontuário médico de fls. 50-72), **sendo o marido da requerente o único que aufere renda de pouco mais de um salário-mínimo**, **resta configurada a condição de miserabilidade da requerente**, vez que a renda familiar afigura-se insuficiente a proporcionar uma vida digna a quatro pessoas. [43]

No segundo exemplo, tomado de uma família morada da área rural, o juiz do caso destaca a impossibilidade de trabalho por parte do beneficiário, pessoa com deficiência para a concessão do BPC.

Caso 2

> Todavia, consoante parecer médico produzido em juízo, o demandante é surdo-mudo e sofre de doença mental, de caráter permanente, e possui extrema dificuldade de aprendizado. Dessa forma, **torna inviável o exercício de qualquer profissão, inclusive a atividade rural**, de acordo com laudo complementar (f. 164).[44]

O próximo exemplo apresenta com minúcias os gastos com itens básicos para a manutenção da moradia, como aluguel e contas de água e luz, e também com alimentos e medicamentos, dadas as crises recorrentes de convulsão da paciente. O juiz destaca o estado de conservação do imóvel atual, os móveis e equipamentos/utensílios que a família possui, o

[43] AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 323.750 - SP (2013/0098752-7).
[44] AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.117.071 - SC (2008/0246372-6).

histórico de despejo sofrido pela família anteriormente e conclui pela miserabilidade da família e concessão do benefício.

Caso 3

> Entrementes, pelas informações minudentementes expostas no estudo social (fls. 136/137), o núcleo familiar é composto pela Autora, seu marido e dois filhos. O marido da Autora trabalha como autônomo, recebendo em média R$ 300,00 (trezentos reais) mensais. A autora não trabalha devido ás convulsões sofridas desde os 02 (dois) anos de idade. Residem em casa alugada, no valor de R$ 120,00 (cento e vinte reais) e têm gastos mensais de R$ 22,00 (vinte e dois reais) com água, energia elétrica R$ 60,00 (sessenta reais), medicamentos R$ 50,00 (cinqüenta reais) e alimentação R$ 200,00 (duzentos reais). A residência é composta de 3 (três) cômodos simples e em estado ruim de conservação. Só possuem móveis essenciais, televisão, geladeira e aparelho de som. A renda per capita familiar é de R$ 75,00 (setenta e cinco reais).
> (...)
>
> Este é o caso dos autos. Consoante **se verifica do estudo sócio-econômico e das provas colhidas em audiência, resta patente a situação de miserabilidade da autora**. **Consta que a autora mora em uma casa alugada, pagando R$ 120,00 reais de aluguel, de uma renda familiar de R$ 300,00, e que já foi despejada da casa onde morava, além das despesas com medicamentos** e tratamento das crises convulsivas que a acometem.[45]

Vale destacar que o caso 4, apresentado a seguir, destoa dos demais exemplos aqui trazidos, e também da grande maioria dos julgados analisados no âmbito desta pesquisa, pois o judiciário rejeitou o pedido da autora. No exemplo, pelo fato de se tratar de uma criança pequena, o magistrado considerou que naturalmente ela não poderia trabalhar, se não pela doença que a acomete, pela idade que possui. O fato de ela ter limitação para realização de atividade física intensa e a necessidade de cuidados preventivos permanente não se sobrepuseram ao laudo pericial que considerou que, apesar da doença, não havia necessidade de cuidados especiais para com a criança.

Caso 4

> 1. Como a autora, em face da própria idade (hoje com 05 anos de idade), já é incapaz para o trabalho, a concessão de benefício de prestação continuada ao portador de deficiência somente poderia ocorrer se ela fosse portadora de necessidades especiais de tal gravidade que impedissem um dos pais de trabalhar, haja vista que esses é que possuem a obrigação de lhe prover a subsistência.
> 2. Caso em que a perícia judicial diagnosticou estenose pulmonar infundíbulo-valvar - cardiopatia congênita - CID I52 e laudos de médica cardiologista, em 02/07/2007 e em 16/08/2008, trouxeram as seguintes recomendações: **não há necessidade de cuidados especiais**; há necessidade de retorno; limitação para atividade física intensa; necessidade de cuidados preventivos para evitar infecção pulmonar; a lesão deve ser acompanhada por toda a vida.

---

[45] AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 845.743 - SP (2006/0095387-2).

O mesmo teor de decisão denegatória não ocorreu no exemplo a seguir, em que a autora não apresenta nenhum dos critérios para a concessão do benefício, pois não é acometida por doença que a incapacite para o trabalho, não é idosa e a renda domiciliar mensal *per capita* é muito superior a um quarto de salário mínimo. Ainda assim, ela teve seu pedido provido pelo poder judiciário, em clara afronta a toda e qualquer legislação, pois o magistrado argumenta que "o Juiz não está adstrito às conclusões da perícia [...] quando estas não o convencerem".

Caso 5

> A autora padece de cegueira no olho esquerdo e, considerando suas condições pessoais (**44 anos de idade; lavradora; pouco alfabetizada**), impõem-se a concessão do benefício. As condições sócio-econômicas traduzem situação de hipossuficiência: a pericianda mora com seu filho e esposo, sobrevivendo da renda auferida por este como jardineiro (R$ 380,00). Desse modo, constatou-se que a renda per capita é inferior a meio salário mínimo (...)
> Feitas todas essas considerações, **concluiu a perícia que não há incapacidade laborativa para a Autora**.
> Porém, **concluo de forma diversa, pois o Juiz não está adstrito às conclusões da perícia, quando estas - confrontadas com outros elementos de prova - não o convencerem** (CPC, artigo 436).
> Assim, tenho que tais fatores são suficientes para demonstrar que a recorrida não tem condições de manter sua subsistência nem de tê-la provida pela sua família.[46]

O sexto exemplo aborda a situação de uma família que mora na zona rural do Estado de Tocantins. A autora é jovem, porém acometida por doença incapacitante para o trabalho, conforme perícia médica. O grupo familiar é descrito pelo juiz nos autos do processo, bem como os baixos rendimentos de cada um, todos por trabalho informal. A moradia é popular, de programa habitacional, mas a mobília é "surrada". Todos esses elementos convenceram o judiciário da condição de miserabilidade daquele grupo familiar e pela concessão do BPC.

Caso 6

> 1. (...)
> 2. Para a concessão do amparo social não se exige incapacidade parcial ou total, mas sim deficiência que impossibilite prover o próprio sustento, o que resta provado diante da afirmação positiva do perito judicial de que a parte autora, hoje com 25 anos de idade, é incapaz parcial e permanentemente para exercer a sua atividade laboral (provavelmente lavrador) em razão de sequelas de queimaduras, corrosões e geladuras - CID T95, esclarecendo que há impedimento para a realização da última atividade laboral em face de lesões irreversíveis.
> 3. Auto de constatação da situação sócio-econômica, em 30/04/2009, descreve o seguinte**: grupo familiar residente em Aurora do Tocantins/TO, formado pelo autor, pelo pai com 48 anos de idade, pela mãe com 47 anos de idade; a mãe recebe R$ 250,00, mas não tem como comprovar porque não tem carteira assinada (provavelmente empregada doméstica ou lavandeira); o pai recebe R$ 100,00 do serviço na lavoura; ninguém recebe benefício da Previdência Social; a**

[46] Recurso contra sentença do juizado cível 2008.36.00.700318-2 / MT. Publicação em 09/03/2009.

> **sobrevivência é custeada pelos pais; a casa é doada pelo Governo Federal; casa popular, no valor de R$ 6.000,00; casa com 03 cômodos, sala, 02 quartos e 01 banheiro; construída com alvenaria, madeira cerrada, piso rústico, telha francesa; gasto com água no valor de R$ 18,00 e energia no valor de R$ 18,00; móveis surrados pelo tempo; estado de miserabilidade**.[47]

O próximo caso exemplificativo trata do benefício concedido pela via judicial a um trabalhador braçal de 50 anos de idade, com pouca escolaridade, acometido há alguns anos por uma doença psicológica que limita sua vida social, deixa seu raciocínio mais lento, traz perda de memória e o incapacita temporariamente para o trabalho, ainda que não remova dele sua total independência. Observa-se aqui o enfoque dado mais às condições pessoais do autor e menos ao tipo de imóvel ou condição de moradia.

Caso 7

> No caso dos autos, o Laudo Médico afirma: que o autor é portador de Transtorno ansioso e transtorno depressivo decorrente; que o autor está total e parcialmente incapacitado para o trabalho; que a patologia se encontra em fase evolutiva; que o autor não é incapaz para a vida independente; que a moléstia traz limitações como dificuldades de socialização. Na discussão **o perito afirmou que o autor "durante a perícia apresentava-se com raciocínio lento, perda parcial de memória, havendo muita dificuldade de coletar informações e acredito que no momento há comprometimento social deste indivíduo. Não acredito que haja possibilidade de reabilitação para outra atividade**". Feitas todas essas considerações, concluiu a perícia que a incapacidade laborativa para o autor é total e temporária. **Outrossim, há que se atentar às condições pessoais do autor. Trata-se de um homem com 50 anos de idade, pouco alfabetizada, que sempre trabalhou com atividades braçais (pedreiro, lavrador, guarda noturno)**, até que há 07 anos, quando a moléstias se agravaram e teve que parar de exercer suas atividades. Ademais, o autor apresentou nos autos atestado emitido pelo SUS afirmando sua falta de condições de trabalhar por se encontrar em tratamento médico.[48]

No próximo exemplo, o magistrado detalha as condições físicas limitadas do autor que o incapacita para o trabalho, atestado por meio de laudo pericial, sua condição de estar ora em situação de rua ora albergado em entidade assistencial, e sua total dependência de terceiros. Chama a atenção neste caso que o autor não tenha sido contemplado com o benefício pela via administrativa. Supõe-se que exigências burocráticas, como o fornecimento de um endereço para o cadastramento do beneficiário, por exemplo, tenha impedido o acesso do autor ao benefício assistencial diretamente com o Ministério do Desenvolvimento Social, levando-o a buscar o seu direito pela via judicial.

---

[47] Recurso contra sentença do juizado cível 2008.43.00.905792-9 / TO, publicado em 16/07/2010.
[48] Recurso contra sentença do juizado cível 2007.36.00.904707-0 / MT, decisão publicada em 18/11/2009.

Caso 8

> Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, o laudo pericial realizado em 11.02.2014 (fl. 86/92), atestou que **o autor é portador de alterações na semiologia ortopédica, com fratura da região distal da perna direita, com ferida aberta e material purulento, estando incapacitado de forma total e temporária para o trabalho**.
> (...)
> No caso dos autos, verifica-se do estudo social realizado em 07.02.2014 (fl. 68/75), que **o autor é morador de rua** e não tem família. O autor tem como referência de moradia a Entidade "Casa de Apoio ao Irmão de Rua São José", que presta atendimento como albergue assistencial, oferecendo banho, alimentação e pernoite, tendo o autor usufruído desses cuidados algumas vezes. **O requerente não possui renda alguma e depende da ajuda de terceiros (quando está na rua) e da entidade mencionada**.
> Portanto, o conjunto probatório existente nos autos demonstra que a parte autora preenche os requisitos legais no que tange à deficiência, bem como no tocante à hipossuficiência econômica.[49]

O nono caso trazido aqui é o do benefício dado judicialmente a uma pessoa com deficiência cujas despesas da casa somam pouco mais de trezentos reais, sendo que quase 40% delas são com alimentação, o que por si comprovaria a condição de miserabilidade. O magistrado observa não apenas as limitações do autor da ação, mas os membros de sua família. A mãe é trabalhadora informal e os cuidados permanentes exigidos pelo autor consomem recursos e tempo da família, limitando ainda mais a capacidade de auferir renda.

Caso 9

> As despesas da casa somam cerca de R$ 312,81, sendo os maiores gastos são com alimentação (R$ 120,00) e prestação da casa (R$ 66,00).
> Clara a condição de vulnerabilidade da família.
> **A presença de dependente portador de doença incapacitante como a que o autor possui faz com que a família suporte o pesado encargo do zelo pelo incapaz, que necessita de cuidados extras, dificultando o incremento da renda familiar, uma vez que cabe a seus familiares auxiliá-lo sempre**.
> Deve-se atentar que a principal renda da casa é variável e incerta uma vez que proveniente de trabalho informal da mãe do autor (...)[50]

O último exemplo é o de um casal de idosos que vivem separados porque não têm condições financeiras de morar juntos, assim cada um deles acaba sendo cuidado por um familiar. O marido da autora mora de favor na casa da prima da esposa. O juiz do caso considerou que a interrupção do convívio familiar entre os cônjuges era inaceitável, motivo pelo qual proferiu decisão favorável à autora.

---

[49] APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024790-77.2015.4.03.9999/SP. Rel. Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO. Data da decisão: 18/08/2015.
[50] APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0004422-28.2011.4.03.6106/SP. Relator Desembargador Federal PAULO DOMINGUES. Data da decisão: 13/11/2015.

Caso 10

> O laudo psicossocial atesta que a esposa de Sr. Espedito Moreira da Silva, Sra. Maria de Lourdes Maranhão Silva, reside em São Paulo/SP, juntamente com a família de um dos filhos do casal que lá trabalha como porteiro. Conforme o laudo, essa medida é necessária para garantir cuidados financeiros e de saúde (pois sofre com problemas de depressão e hipertensão), e a renda dela, um salário mínimo de Benefício de Prestação Continuada (BPC), seria insuficiente para arcar com despesas médicas juntamente com as despesas do lar em Solânea. Já o Sr. Espedito mora em Solânea de favor na casa prima da esposa. 7. O Parecer Psicológico atesta (fls. 119): "Após o relato da situação biopsicossocial do Sr. Espedito Moreira da Silva, somos de parecer totalmente favorável pela concessão, por parte do INSS, do Benefício de Prestação Continuada – BPC, para que o mesmo venha a ter resgatada sua dignidade, suas necessidades básicas supridas e o seu direito a ter uma convivência diária com sua esposa (...)". 8. **Pelo laudo, percebe-se que o apelado, na atual situação vivida, e por questões de ordem financeira, tem o convívio familiar fustigado. Não é aceitável que a Lei acate com a separação dos entes familiares para que haja um possível sustento**. 9. Resta-me provado ter o Sr. Espedito atendido a todos os critérios exigidos para o atendimento do benefício concedido.[51]

Note-se que os casos relatados a título de exemplo não esgotam a leitura dos mais de cem casos analisados no âmbito deste trabalho. Assim, da leitura das decisões judiciais, além de considerar a renda familiar *per capita* e que o fato de que a pessoa com deficiência ou de idade avançada estão incapacitadas para o trabalho (seja pela deficiência, seja pela idade), foram observados os critérios presentes nos autos que dizem quais seriam esses outros elementos da vulnerabilidade que conferem ao pleiteante o direito a receber o BPC. Foram eles, não necessariamente apresentados em ordem de relevância, os seguintes: problemas de saúde de outros membros da família (cônjuge, pai ou mãe, filho...); composição familiar (presença de menores e de outros idosos na família); severidade da doença, grau de incapacitação e/ou necessidade de acompanhamento médico/ psicológico/ fisioterapêutico constante; idosos com idade mais avançada; a conjunção da idade com a limitação física (deficiente e idoso); gastos elevados com medicamentos não ofertados pela rede pública; o consignado nos laudos social, judicial, médico, psiquiátrico ou psicológico; baixa escolaridade do autor (e também dos outros membros da família); necessidade de cuidados especiais, que faz com que outro membro da família fique à disposição do vulnerável; desemprego na família e qualidade dos empregos dos que estão empregados; auxílio habitual de terceiros; moradia (precariedade do imóvel e de seu entorno, gasto com locação); posse de bens (móveis e imóveis); demonstração de gastos com outras despesas básicas (água, energia elétrica, alimentação); diligências realizadas pelos magistrados de tribunais inferiores (verificação *in loco* da situação de miserabilidade).

---

[51] AC 580639-PB - 0001456-57.2015.4.05.9999, Divisão da 1ª Turma do TRF-5. Relator Desembargador Federal Manoel De Oliveira Erhardt. Data da publicação: 06/08/2015.

Conforme apresentados, os elementos que foram prevalentes nas argumentações para conferir ao autor da ação judicial o benefício podem ser agrupados em três conjuntos de ideias, de modo a se encontrar um universo explicativo em torno de cada uma delas.

A primeira delas é de caráter observacional (laudos, perícia, diligência) da conjuntura familiar, e engloba as situações incapacitantes temporárias ou permanentes, problemas de saúde, desemprego, despesas frente aos rendimentos e a observação de reiterada dependência financeira de outros. O outro conjunto de elementos refere-se à conformação e à dinâmica familiar, que pode ser mais ou menos amigável para que os membros fiquem disponíveis para o trabalho. Por fim, o terceiro feixe gira em torno dos elementos patrimoniais referentes à posse de bens móveis e imóveis, precariedade e estado de conservação deles.

A judicialização das políticas públicas é uma realidade na operacionalização e efetividade de direitos sociais no Brasil. A prejudicada relação entre os poderes na República brasileira aliada a uma atuação deficitária do Estado em promover de maneira gradual e consistente o acesso a certos direitos previstos pela Constituição abrem espaço para atuação do poder judiciário no sentido de buscar a efetivação desses direitos.

É preciso ter em mente que a pesquisa realizada, evidenciada pelos trechos supracitados, indica que a participação do poder judiciário tende a ser expansiva na medida em que percebe a necessidade de contemplação de parcelas da população que, a princípio, parecem ser excluídas de acesso a direitos em razão de critérios criados pela lei de maneira inadequada.

4. CONCLUSÃO

A pesquisa jurisprudencial sobre a concessão do BPC revelou que o poder judiciário está atento às demandas sociais e entendeu que é preciso efetivar os direitos constitucionais que visam a proteger as pessoas com deficiência e os idosos que não tenham condições de se manterem com dignidade, seja sozinhos, seja por suas famílias.

Sua atuação no que diz respeito ao BPC tem sido no sentido de considerar outros meios, que não o critério único de renda, para identificar o estado de miserabilidade do pleiteante.

Afastando as normas consideradas inconstitucionais (mormente a limitação de renda familiar *per capita* em ¼ do salário mínimo e a maneira como se calcula a renda familiar *per capita*), o que se viu foi uma enxurrada de ações serem deferidas em favor de seus autores, o que se por um lado é positivo, pois efetiva o direito constitucional a uma parcela da população

antes desprotegida, por outro desorganiza as finanças e a gestão do programa no âmbito do poder executivo, o que poderia, quiçá, levar a uma situação de insustentabilidade do próprio sistema protetivo social. Nessa seara, considera-se ser importante a realização de estudo de impacto econômico das concessões judiciais do BPC sobre o orçamento do benefício.

Nas decisões judiciais, foram considerados problemas da conjuntura familiar, incluindo situações incapacitantes (temporárias ou permanentes), problemas de saúde, desemprego, de conformação e da dinâmica familiar, que faz com que seus membros fiquem mais ou menos disponíveis para o trabalho remunerado e também informações sobre posse de bens móveis e imóveis, precariedade e estado de conservação deles.

O poder judiciário está atuando para garantir um direito inscrito na Constituição desde 1988. Há diversas referências literárias que expandem a identificação do ativismo judicial a partir de vários fatores e, quando o judiciário altera hermeneuticamente os critério de concessão do direito, ou seja, *a priori* decide que parte das pessoas que não teriam acesso àquele direito originalmente passam a tê-lo, está de algum modo fazendo um ativismo judicial. Porém, a judicialização da política pública, no fundo, revela a incapacidade do Estado de atender a demandas sociais infinitas frente a uma limitação de recursos. Essa dicotomia sempre existirá.

É consabido que a implementação de determinados direitos sociais, outrora considerados apenas diretrizes para ações do Estado tem se torna pauta na agenda do Estado brasileiro de maneira recorrente. Por meio dos ministérios afetos à área social em geral e do MDS em particular, o Estado tem visibilizado a necessidade de construção de um sistema protetivo efetivo às camadas mais vulneráveis. No âmbito das políticas públicas, são diversos programas, projetos e ações que ofertam bens e serviços públicos com fins sociais que, associados a uma conjuntura macroeconômica favorável recente, contribuíram para que o país avançasse no objetivo de erradicar a pobreza e diminuísse drasticamente a miséria, melhorando indicadores como mortalidade infantil e desnutrição.

O esforço realizado de investimento financeiro, de regulamentação, de desenho institucional e de articulação política, voltado à configuração e implementação de programas para efetivamente garantir uma proteção social não é desprezível e os dados revelam uma melhoria significativa no índice de desenvolvimento humano no país desde o início do milênio.

Entretanto, a estruturação do sistema protetivo deve ser constantemente revista e aperfeiçoada, atenta à conjuntura social, econômica e política do país, de modo a responder aos desafios que se colocam a cada dia, porém de modo responsável e condizente com a capacidade protetiva estatal, ainda mais em momentos de retração econômica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (org.). Constituição & Ativismo Judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 275-290, 2011.

BOBBIO, Norberto. A **era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** [livro eletrônico] : Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, consolidado até a Emenda Constitucional nº 91/2016. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

______ . Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 8/12/1993, Página 18769 (Publicação Original).

______. Lei Federal nº 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 3/10/2003, Página 1 (Publicação Original)

______. Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Diário Oficial da União - Seção 1 - 7/7/2015, Página 2 (Publicação Original)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Programas de proteção social e superação da pobreza: concepções e estratégias de intervenção**. Tese apresentada na Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito à obtenção do título de Doutor em Sociologia e Política. UFMG. Belo Horizonte, 2005

COPPETTI, C. S. L. e CRISPIM, M. A. 2015. **O processo de judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) - 2004 a 2014**. 39º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, MG : ANPOCS, 26 a 30 de oububro de 2015. p. 36.

CUSTÓDIO, M.B. 2015. A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, p. 511-530, 2015. Disponível em http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5znv4pn/ SGRiVEs748313ScK.pdf. Acesso em 28/09/2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l’esprit des lois**. 1748. Edição eletrônica revisada, estabelecida por Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995. Disponível em: http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf . Acesso em 29/09/2016.

TORQUATO, Gaudêncio. 2008. **O judiciário desce do Olimpo.** Artigos. CEBRASSE - Central Brasileira do Setor de Serviços. [Online] 01 de 09 de 2008. [Acessado em: 04 de 04 de 2016.] http://www.cebrasse.org.br/730.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

XIMENES, Júlia. **A Judicialização das Políticas Públicas - ativismo judicial ou instrumento de construção da cidadania inclusiva?** Res Pvblica. Brasília: ANESP, v. 10, n. 1, p. 33-46, jan/jun 2011.

DIVERSIDADE DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO: UM ARGUMENTO DELIBERACIONISTA

Daniel Bogéa[52]

Resumo: O artigo apresenta um argumento em favor da diversidade de gênero em cortes judiciais. Percebe-se um número desproporcional de homens e mulheres nos cargos mais elevados da hierarquia judicial, o que indica a existência de filtros seletivos com viés de gênero. Para responder por que essa questão é importante, explicitamos três tipos de hipóteses. A primeira hipótese articula um argumento *simbólico*, focando a importância de mais mulheres em posições valorizadas socialmente como parte de um processo de empoderamento. A segunda hipótese trabalha com um argumento *empiricista* ou *material*, buscando estabelecer uma correlação entre a presença de minorias em tribunais e uma pauta decisória mais positiva. O cerne do artigo, contudo, é elaborar teoricamente uma terceira hipótese, a partir de um argumento que chamo de *deliberacionista* ou *processual*. Defendo a presença de mais mulheres em tribunais como forma de melhorar a *qualidade deliberativa* dessas instituições. Para tanto, retomo o debate sobre a participação de mulheres em esferas representativas. Enfrento, também, desafios que considero peculiares de tribunais judiciais e que impedem o transplante da mesma fórmula teórica pensada para instituições eleitorais. Percebo como promissor o resgate do conceito de *perspectivas sociais*, que aponta para a necessidade de ampliação de pontos de partida. Pretendo justificar o valor da diversidade de gênero em tribunais a partir do enriquecimento de sua qualidade deliberativa, sem vincular-me a uma resposta essencialista. Ao final, apresento algumas ponderações sobre as implicações institucionais desse argumento, jogando luz sobre pontos não resolvidos e estabelecendo uma agenda de pesquisa para o futuro.

Palavras-chave: *cortes; instituições deliberativas; diversidade de gênero; perspectivas sociais.*

Abstract: The article presents a case for gender diversity in judicial courts. The disproportionate distribution between men and women in higher positions in the judicial hierarchy indicates the existence of selective filters with gender bias. To answer why this issue is important, I underline three types of hypotheses. The first hypothesis articulates a symbolic case, focusing on the importance of women in socially valued positions as part of an empowerment process. The second hypothesis works with an empiricist or material argument, seeking to establish a correlation between the presence of minorities in courts and a more positive decision-making agenda. The core of the article, however, is the theoretical development of a third hypothesis, based on an argument that I call deliberacionist or procedural. I support the presence of more women in courts in order to improve the deliberative quality of these institutions. In order to do that, I turn to the debate on the participation of women in representative spheres. I also face the peculiar challenges related to judicial institutions that prevents the transplant of the same theoretical formula designed to electoral institutions. I point to the rescue of the concept of social perspectives as a promising endeavour, which points to the need for expansion of starting points in the deliberative process. I argue for gender diversity in courts from the enrichment of its deliberative quality, without linking it to an essentialist answer. At the end, I offer some

---

[52] Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestrando em Global Rule of Law & Constitutional Democracy pela Università degli Studi di Genova e Mestrando em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

considerations on the institutional implications of this argument, throwing light on unresolved points and establishing a research agenda for the future.

Key words: *courts; deliberative institutions; gender diversity; social perspectives.*

1. INTRODUÇÃO

O Censo do Poder Judiciário, publicado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça, apresenta os dados mais recentes e confiáveis disponíveis sobre o perfil dos integrantes de tribunais brasileiros. O estudo mostra que há relativa estabilidade na proporção entre homens e mulheres que ingressaram na carreira da magistratura entre 1992 até 2013, colocando em xeque discursos que apontam para uma redução drástica nas desigualdades de gênero no Judiciário. Quando esses dados são segregados por nível hierárquico, o diagnóstico torna-se ainda mais preocupante. Percebe-se desníveis crescentes em estágios mais elevados da carreira, o que sugere a presença de filtros seletivos que alocam desproporcionalmente as promoções funcionais entre mulheres e homens[53]. Enquanto entre juízes substitutos o percentual de mulheres alcança 42,8%, para juízes titulares esse número é de 36,6%, caindo para 21,5% entre desembargadores e chegando a uma presença de apenas 18,4% de ministras em Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal.

Existe, contudo, um problema teórico não discutido que merece ser explicitado. Se reconhecemos a premissa fática de que temos poucas mulheres em nossos tribunais, é preciso elaborar teoricamente por que essa questão é importante. Desde logo, reconheço que essa pergunta oferece um desafio adicional àquela que se volta à participação de mulheres em outras esferas sociais ou instituições políticas. Aqui, é preciso enfrentar a ideia de que uma corte judicial exerce seu papel institucional orientado por um ideal de imparcialidade e objetividade na adjudicação, a partir do qual teria melhores condições para dar prevalência aos direitos em jogo. Segundo essa expectativa

[53] Esse diagnóstico é corroborado pela ministra Laurita Vaz, primeira mulher a assumir a presidência do Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2016. Em artigo sobre a presença de mulheres no Judiciário, Vaz observa que "quando se trata das instâncias superiores e de cargos providos por indicação, o que se tem é diminuta participação feminina. Esses dados não traduzem falta de competência ou merecimento por parte das mulheres, mas, sim, a existência de dificuldades para transitar em espaços políticos historicamente ocupados por homens. Quando se chega ao ápice da carreira jurídica, a disputa não depende mais de um concurso público de provas e títulos, mas de abertura política e de reconhecimento dos próprios pares, na maioria homens, que, muitas vezes, dificultam o acesso das mulheres". VAZ, Laurita. (2015) O papel da mulher no Poder Judiciário e no cenário brasileiro. *Revista Justiça & Cidadania,* n. 175.

normativa, que encontra apoio explícito na em ordenamentos jurídicos[54], a identidade do julgador não deveria ter qualquer influência sobre sua atividade e suas decisões[55]. Pretendo explicitar, contudo, em que sentido a questão de *quem* compõe os tribunais é importante, valendo-me da literatura que enquadra essas instituições como espaços deliberativos.

Vislumbro três tipos de hipótese que oferecem caminhos diferentes para sustentar o porquê da importância de mais mulheres em tribunais. Um primeiro tipo de justificativa seria orientado por uma preocupação de ordem *simbólica*. Nessa perspectiva, é possível o desenvolvimento de uma resposta externa aos problemas próprios à natureza da atividade judicante e que, por isso, evite os obstáculos teóricos que pretendo enfrentar. Isso porque a defesa de maior participação de mulheres em tribunais por razões simbólicas não é dependente do escrutínio da noção de imparcialidade na adjudicação, pois se orienta a partir dos mesmos fundamentos que justificam a presença de mulheres em outras posições sociais de poder, compreendendo o simbolismo dessa ascensão funcional como instrumentalmente relevante para o combate às desigualdades de gênero e aos estigmas sociais próprios de uma sociedade influenciada por raízes patriarcais. Além disso, o argumento simbólico não precisa exaltar a diferença de gênero como um recurso importante para o processo decisório de cortes, abrindo caminho para uma justificativa que se opere em um plano teórico abstrato mais consensual[56].

---

[54] O Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, possui um capítulo dedicado ao tema da imparcialidade do juiz e dispõe em seu artigo 8º que "o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito".

[55] Mesmo direcionando o argumento no sentido do papel representativo do Judiciário, algo que não faço aqui, Ifill também percebe esse desafio particular do debate em tribunais. Segundo a autora, "The importance of detachment, desinterest and impartialy to good judging is so deeply imbedded in our legal mythology that acknowledging judges as representatives can be perceived as a threat to the judicial function" IFILL, Sherrilyn. (1998) Judging the judges: racial diversity, impartiality and representation on state trial courts. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, p. 97.

[56] Esse é o caminho trilhado por Sally Kenney, que busca elaborar um argumento pragmático que se afaste da necessidade de justificar a importância da diversidade de gênero com base na influência que a diferença pode ter sobre as decisões de tribunais. Segundo a autora, é possível articular uma resposta para a necessidade de participação de mulheres no Judiciário a partir de sua importância simbólica sem recorrer a uma suposta influência que as diferenças entre homens e mulheres pode exercer sobre as decisões judiciais. Conforme a autora, "if analysis stays at the level of such sex differences research, the likelihood of an essentialist understanding of gender is unacceptably high". Kelley embasa sua defesa em um argumento de legitimidade que não se

Um segundo tipo de hipótese liga-se mais diretamente aos *resultados* da atividade judicial. Assim como no caso do *argumento simbólico*, essa resposta também permite que a pesquisadora deixe de lado o debate teórico sobre a necessidade de imparcialidade na adjudicação, voltando-se de forma mais atenta à busca de correlações e/ou causalidades entre a identidade e as experiências de vida de juízes e o teor de suas decisões[57]. Pesquisadores que optam por explorar esse tipo de hipótese assumem um ônus empírico acentuado, visto que a teoria assume um caráter fortemente contextual e dependente de demonstração factual confirmando ou rejeitando a tese de que a identidade de juízes exerce influência não desprezível sobre o teor de suas decisões. Ou seja, uma argumentação por resultados dependeria de uma confirmação empírica, a qual deve ser sempre realizada caso a caso. Por isso mesmo, esse tipo de resposta resulta em um argumento que chamo de *empiricista* ou *material*.

Observo que esse tipo de resposta também apresenta sérios desafios de generalização. Nada faz crer, por exemplo, que um estudo que apresente uma forte correlação entre decisões em favor de direitos das mulheres e uma elevada quantidade de juízas em um tribunal localizado em um país nórdico, com elevado índice de desenvolvimento e uma série de características econômicas, sociológicas e culturais peculiares, seja suficiente para a generalização da conclusão de que mais juízas mulheres teriam esse mesmo efeito em um país pós-colonial da África subsaariana. Por essa razão, é inevitável que esse tipo de argumento dependa de uma confirmação factual que não permite sua extrapolação para outros contextos, mesmo para aqueles em que há um desenho institucional semelhante[58].

Apesar de o tema da participação de mulheres no Judiciário ter sido

---

apoia no argumento da diferença. A legimidade requer que haja um sensação de justiça, o que impõe que parcelas representativas do público, como grupos minoritários, não sejam excluídos do processo deliberativo para que o sistema seja considerado justo. Essa defesa, portanto, está ancorada em uma noção liberal de cidadania, a partir da qual "the presence of women disrupts the normal assumption that heterosexual white men are the only citizens capable of perfoming the core ritual of rendering objetive judgment", ou seja, "that only privileged men are naturally suited to assume authority on behalf of the state and to exercise their patriarchal care on behalf of all society". KELLEY, Sally. (2013) *Gender and justice*: why women in the judiciary really matter. New York: Routledge, pp. 161 e 176

[57] Como exemplo, ver KASTELLEC, Jonathan. (2013) Racial diversity and judicial influence on appellate courts. *American Journal of Political Science*, v. 57, n. 1, pp. 167-183.

[58] Kelley apresenta uma crítica semelhante, observando que "if we think of sex as a variable and sex diferences as causing predictable diferente outcomes, we might find that it does in some times and places but does not in others" KELLEY, Sally. (2013) *Gender and justice*: why women in the judiciary really matter. New York: Routledge, p. 173.

surpreendentemente negligenciado em estudos brasileiros, as disputas acadêmicas em nível global sobre a importância da diversidade de gênero em tribunais ocupam-se majoritariamente do enfrentamento desses dois primeiros tipos de hipótese[59]. A defesa da presença de mulheres em tribunais passou a constituir uma tarefa de se elaborar *teoricamente* sua importância *simbólica* ou de se demonstrar *empiricamente* seus impactos sobre os *resultados* da adjudicação. Esses dois caminhos também podem ser divididos entre aqueles que se valem da diferença de gênero como uma variável independente para explicar o teor de decisões e aqueles que percebem nesse exercício um risco desnecessário de essencialização do debate sobre gênero.

Neste artigo, busco apresentar o debate a partir de um terceiro tipo de hipótese, que não se contenta com a justificativa simbólica e não depende de um exercício empírico casuístico. Para tanto, confiro ênfase à natureza do *processo* de tomada de decisão em tribunais judiciais, partindo de uma premissa teórica segundo a qual a justificativa para a atuação de cortes em uma democracia ancora-se na noção de adjudicação como uma atividade deliberativa que busca conferir prevalência às melhores razões sobre direitos. A pergunta inicial, então, assume novos contornos, indagando se a presença de mais mulheres juízas faz alguma diferença sobre a *qualidade do processo deliberativo* em tribunais.

Argumento que uma resposta satisfatória a essa nova questão deve ser de natureza *processual*, visto que não seria aconselhável medir-se a qualidade deliberativa de cortes pelos seus resultados, mas antes pela forma através da qual suas decisões são alcançadas. Com efeito, a resposta específica que articulo disputa espaço com trabalhos empíricos que se preocupam apenas em buscar relações de causalidade entre identidade de julgadores e o teor de suas decisões. De outro lado, apesar de não dissentir do argumento simbólico, busco trilhar caminho distinto, enfrentando explicitamente os desafios teóricos singulares que uma instituição jurídica apresenta em comparação com outras instituições políticas.

Além disso, ambiciono uma defesa mais abrangente da diversidade de gênero em tribunais, que não apenas destaque seu papel no empoderamento de um grupo social sistematicamente oprimido, mas que também demonstre seu papel na melhora qualitativa da própria atividade judicante. Entendo que, para

---

[59] Para um panorama da literatura internacional, ver SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (Orgs.). (2013) *Gender and judging*. Oxford: Hart Publishing.

tanto, é fundamental que se explicite a diferença como um valor. Aqui, a diferença de gênero não é enquadrada apenas como uma variável independente, um ponto de chegada que essencializa o debate sobre gênero e naturaliza equivocadamente distinções que são construídas socialmente, mas antes conforma diferentes pontos de partida cuja incorporação´´pde conferir um recurso valioso para o processo deliberativo. Não se busca, por conseguinte, uma resposta pragmática, aos moldes de Kelley, em que se evita a explicitação da diferença de gênero em função dos riscos de se desencadear uma compreensão essencialista, mas compreende-se a importância desse problema e articula-se uma resposta para superá-lo[60].

O caminho para a construção dessa resposta passa por três etapas. Em primeiro lugar, parto da premissa de que a imagem de cortes como instituições deliberativas é um caminho frutífero para a justificação de tribunais em contextos democráticos. Assim, pretendo me afastar de uma defesa da tomada de decisão judicial em bases puramente consequencialistas, em favor de uma teoria de ordem procedimental, voltada à própria qualidade do processo deliberativo que se desenvolve dentro da instituição.

Após assentar a base teórica que servirá de base para o argumento, retomarei alguns pontos do debate sobre a participação de mulheres em esferas representativas eletivas. Nesse ponto, enfatizarei as contribuições de Jane Mansbridge e, em especial, de Anne Phillips, com a ideia de *política da presença*, como respostas à clássica objeção de Hanna Pitkin à representação política de tipo descritivo. Como forma de escapar dos riscos de uma explicação que essencialize o conceito de gênero, resgatarei o conceito de *perspectivas sociais*, presente na obra "*Inclusion and Democracy*" de Iris Marion Young. Reitero que a discussão sobre participação de mulheres no Poder Judiciário apresenta obstáculos teóricos adicionais àqueles direcionados a outras instituições políticas, porém percebo um potencial explicativo desse debate que extrapola o tema da representação puramente eleitoral.

Na sequência, enfrentarei os desafios que entendo como peculiares de instituições judiciais. Nesse ponto, discorrerei sobre os efeitos da noção

[60] Kelley dá um exemplo de concretização do risco de essencialização da questão de gênero em voto do chief justice William Rehnquist no caso *J.E.B. v. Alabama*, que tratou do caso de participação de mulheres em juris. Em seu voto, Rehnquist naturalizou a questão de gênero, afirmando que "the two sexes differ both biologically and, to a diminishing extent, in experience. It is not merely 'steriotyping' to say that these diferences may produce a difference in outlook which is brought to the jury room". KELLEY, Sally. (2013) *Gender and justice*: why women in the judiciary really matter. New York: Routledge, p. 170.

dominante de imparcialidade sobre o debate que se direciona à identidade e às visões de mundo de juízes. A partir de uma reconstrução conceitual que parte da distinção entre *imparcialidade* e *neutralidade*, defenderei a inevitabilidade da influência de diferentes *perspectivas sociais* de juízes não apenas sobre o peso que eles conferem aos fatos analisados em casos concretos, mas também sobre sua própria interpretação dos materiais jurídicos em jogo. Antes de colocar uma pretensão normativa, esse trecho do argumento encontra no conceito de *perspectivas sociais* uma boa chave explicativa para descrever uma situação da realidade vivida. Como consequência, defenderei normativamente a multiplicidade de perspectivas em colegiados para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão judicial. Concluo que cortes com composições mais diversificadas sob o ponto de vista de gênero apresentam melhores condições para um processo deliberativo mais inclusivo e de qualidade epistêmica superior.

Ao final, pontuarei alguns desafios que se sobressaem a partir desse novo tipo de resposta. Discutirei brevemente suas implicações institucionais, em particular no que diz respeito à possibilidade de aplicação de modelos de recrutamento pensados a partir da dinâmica de outras instituições políticas, como o sistema de quotas eleitorais. Não pretendo apresentar uma alternativa definitiva para solucionar a questão que deu impulso ao estudo, qual seja, a constatação de que há poucas mulheres nos níveis hierárquicos mais elevados do Judiciário brasileiro, mas antes oferecer novos caminhos teóricos para redirecionar o debate. Em síntese, articulo uma tese situada no campo da teoria política institucional, ou daquilo que Jeremy Waldron chama de teoria política *política*, voltada à reflexão normativa sobre "a forma pela qual nossas instituições políticas acomodam e enquadram nossos desacordos sobre ideais sociais e orquestram o que é feito em relação aos objetivos sobre os quais nós podem alcançar um acordo"[61].

2. TRIBUNAIS COMO INSTITUIÇÕES DELIBERATIVAS

A teoria jurídica contemporânea abandonou uma visão estilizada de tribunais como *loci* mecânicos de decretação do que é o direito em favor de imagens mais realistas que tentam compatibilizar o papel institucional de cortes com o fato de que seus juízes não contam com um mandato eleitoral. Uma dessas influentes imagens descreve cortes judiciais como instituições deliberativas. Segundo essa

[61] WALDRON, Jeremy. (2016) *Political political theory*. Cambridge: Harvard University Press, p. 6.

vertente, seria justamente por conta de suas “peculiares condições decisionais” que cortes judiciais podem justificar seu papel em uma democracia[62].

Um problema recorrente dessa literatura é uma espécie de pressuposição embutida no sentido de que tribunais, por sua própria configuração institucional, seriam naturalmente um espaço que favoreceria uma deliberação de tipo privilegiado. John Rawls, por exemplo, acredita que é por conta de suas características peculiares que a Suprema Corte estadunidense seria um “exemplar da razão pública”[63]. Em linha semelhante, Rosanvallon argumenta que tribunais possuem uma “legitimidade funcional” que é plenamente compatível com sua condição de colegiados não eleitos. Dentro desse *papel reflexivo*, “tribunais não apenas julgam e censuram; eles também ajudam a enriquecer a deliberação democrática ao encorajar e estabelecer as condições de *l`être- ensemble*”[64]. Isso se dá justamente pela prevalência que as cortes conferem a direitos e princípios fundamentais.

No entanto, deve-se ter em mente que essa reflexividade própria de tribunais não pode ser assumida de forma apriorística. Se cortes judiciais são melhor descritas como instituições deliberativas, é necessário o estabelecimento de critérios para seu aperfeiçoamento levando-se em conta modelos teórico-normativos sobre o processo deliberativo. Assim, a pergunta de *como* tribunais deliberam assume um caráter fundamental na própria legitimação de sua posição institucional. Cortes serão tão legítimas quanto melhor for seu processo deliberativo. Como em outros espaços deliberativos, aqui também a deliberação deve ser “aprofundada”, de modo a “engajar seus participantes de formas que são autenticamente deliberativas, envolvendo a participação competente e reflexiva”[65]. Essa constatação tem gerado uma nova agenda de pesquisa que se preocupa essencialmente com os padrões normativos de deliberação interna em colegiados judiciais[66]. Abre-se espaço para a pesquisa teórica sobre as expectativas deliberativas que devem ser colocadas sobre tribunais, com a indagação específica sobre qual tipo de deliberação deve ser demandado de

---

[62] MENDES, Conrado Hübner. (2013) *Constitutional courts and deliberative democracy.* Oxford: Oxford University Press, p. 3.

[63] RAWLS, John. (2005) *Political liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press.
[64] ROSANVALLON, Pierre. (2011) *Democratic legitimacy*: impartiality, reflexivity, proximity. Trad. Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, p. 141.
[65] ERCAN, Selen; DRYZEK, John. (2015) The sites of deliberative democracy: the reach of deliberative democracy. *Policy Studies*, v. 36, n. 3, p. 243.
[66] MENDES, Conrado Hübner. (2013) *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press.

cortes[67].

Com isso, a tarefa de julgar deixa de ser vista como uma tarefa de descoberta do direito e passa a constituir um processo decisório comunicativo que busca extrair de um colegiado as melhores razões aptas a conferir prevalência aos direitos em jogo. Ocorre que os estudos contemporâneos voltados a esse aperfeiçoamento da deliberação em cortes vêm desconsiderando sistematicamente uma pergunta que possui implicações importantes sobre a qualidade do processo decisório: *quem* são os integrantes dos tribunais e como suas diferentes *perspectivas* podem influenciar o processo comunicativo interno, seja para ampliar o espectro de razões consideradas para a tomada de decisão ou para acobertar posições subjugadas em favor de visões de mundo dominantes? Cuida-se de preocupação ainda mais sensível em se tratando de instituições que guardam uma tradicional face elitista em decorrência da secular concepção da atividade judicial como uma mística descoberta do direito. Esse é um caminho importante para entendermos como a presença de mais juízas mulheres pode ser um passo fundamental para realizarmos a promessa de cortes como exemplares da razão pública, ou espaços que alcancem uma legitimidade funcional em decorrência de sua reflexividade diferenciada.

3. REPRESENTAÇÃO DESCRITIVA E O DESAFIO DE PITKIN

Em seu clássico estudo sobre representação política, Hanna Pitkin apresentou objeções com relação àquilo que chamou de representação de tipo descritivo. Segundo a autora, tal concepção não conectaria adequadamente a ideia de representação a um modelo ideal de ação, mas apenas à correspondência entre as características dos representados e de seus representantes. A autora argumenta que uma representante não precisa ter as mesmas características de seu representado para que exerça seu papel representativo de forma adequada. Critica-se uma ênfase exacerbada sobre a ideia de *standing for*, em detrimento da imagem de *acting for*, o que tornaria esse tipo de representação tão incompleto quanto aquele que buscava contrapor, amparado em uma justificativa de tipo formalista[68].

Para Pitkin, a representação descritiva conformaria um tipo parcial e

---

[67] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. (2002) Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wokciech (Org.). *Constitutional justice, East and West*. London: Kluwer Law International,, pp. 22-23.

[68] PITKIN, Hanna Fenichel. (1967) *The concept of representation*. Berkeley: The University of California Press, p. 80-81.

insatisfatório, posto que ancorado na premissa de que as características individuais de um representante seriam um bom indicativo das ações que ele poderia adotar na esfera pública, sem qualquer comprovação da existência de uma correlação nesse sentido. A autora observa que "se estamos interessados em informações sobre o público, o ideal de reflexão perfeita ou semelhança não causam prejuízo, mas se nossa preocupação é a ação política de nossos representantes, a ideia de precisão pode ser enganosa"[69]. Como observa Almeida, a obra de Pitkin defende uma concepção substantiva de representação política e, assim, "acaba deixando de lado as dimensões descritivas e simbólicas, por julgar que esses modelos se concentram apenas na composição ou simbolismo da representação e não na sua atividade"[70].

Pitkin colocou, assim, um desafio considerável a teóricas que pretendiam defender a inclusão de minorias em espaços de representação eleitoral. Isso porque, se a semelhança com representadas pode não nos dizer muito sobre as ações de nossas representantes, há bons argumentos para se defender que grupos minoritários oprimidos poderiam ser bem representados mesmo sem a existência de qualquer representante proveniente desses grupos sociais. Se a representação descritiva não é um caminho promissor, por que, então, precisaríamos de mais representantes mulheres?

Apresento sinteticamente três respostas da literatura sobre representação política eleitoral que fornecem elementos a serem aproveitados pelo argumento que pretendo desenvolver. Uma primeira resposta importante a esse desafio surgiu com a *política de presença* defendida por Anne Phillips[71]. Como reconhece Miguel, a expressão *política da presença* "sintetiza a reabilitação da representação descritiva por parte do movimento de mulheres e de outros grupos minoritários"[72]. Phillips contrasta o termo com a noção de *política das ideias*, a partir do reconhecimento de que interesses não são prévios à representação.

A problematização dessa questão temporal da representação é um dos maiores méritos do resgate da representação descritiva que faz Phillips. Isso porque "quando entendemos [...] que os interesses não são dados, mas

---

[69] PITKIN, Hanna Fenichel. (1967) *The concept of representation*. Berkeley: The University of California Press, p. 89.
[70] ALMEIDA, Debora Rezende de. (2015) *Representação além das eleições*: repensando as fronteiras entre Estado e sociedade. Jundiaí: Paco Editorial, p. 92.
[71] PHILLIPS, Anne. (1995) *The politics of presence*: the political representation of gender, ethnicity, and race. Oxford: Oxford University Press.
[72] MIGUEL, Luis Felipe. (2013) *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, p. 205.

construções sociais, fica mais fácil perceber que a exclusão das mulheres da arena política tem impacto na forma como elas vão entender sua posição no mundo social e, portanto, seus próprios interesses"[73]. Se a própria realização dos interesses ocorre durante o processo deliberativo, apenas se estiverem presentes as mulheres poderão se beneficiar e, de fato, inserir seus interesses.

Jane Mansbridge, por sua vez, constrói uma resposta que chama de contingente ao problema da representação descritiva colocado por Pitkin. A autora busca defender a necessidade de mais representantes mulheres como resposta a quatro funções. Segundo a autora, as duas primeiras funções, que dizem respeito (i) a uma adequação da comunicação em contextos de desconfiança e (ii) ao fomento do pensamento inovador em contextos de interesses não cristalizados ou articulados, envolvem uma potencial melhora da *qualidade da deliberação*, enquanto as outras duas funções, que tratam (iii) da criação de um significado social da habilidade de governar de membros de grupos que são subjulgados e (iv) do aumento da legitimidade de fato em contextos de discriminação, envolvem bens que não se relacionam diretamente com a ideia de representação substantiva[74]. Em essência, sua resposta é contigente porque defende a necessidade da representação descritiva de grupos marginalizados quando os membros desses grupos não confiam nos cidadãos mais privilegiados e quando as preferências desses grupos marginalizados não foram completamente formadas.

A autora busca tratar da representação descritiva não apenas a partir de características visíveis dos indivíduos, mas também de "experiências compartilhadas" que promovem a sensação de que o representante seria "um de nós" e, por isso, a confiança de que podem promover "nossos interesses"[75]. As duas primeiras funções pontuadas pela autora são particularmente importantes para o argumento que busco desenvolver, pois enfatizam a função deliberativa da democracia representativa, que explicitaria a necessidade de se incluir "pelo menos um representante que pode falar por cada grupo, trazendo novas informações, perspectivas ou *insights* para um entendimento que leve a

---

[73] MIGUEL, Luis Felipe. (2013) *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, p. 206.

[74] MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent "yes". *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, p. 628.

[75] MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent "yes". *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, p. 629.

uma decisão"[76].

É importante pontuar que, apesar de ainda estar atrelada à uma visão de representação descritiva que pode suscitar o problema da naturalização da questão de gênero, Mansbridge enfatiza a necessidade de inclusão de *perspectivas*, que, para a autora, é um conceito distinto de *interesses*, ainda que não haja um fechamento conceitual muito claro. A autora percebe uma ligação entre a perspectiva e o pertencimento de indivíduos a um determinado grupo social, na medida em que "a característica aberta da deliberação confere vantagens comunicativas e informacionais a representantes que são existencialmente próximos aos problemas"[77]. Ainda assim, sua teoria não escapa do problema teórico da essencialização, como ela própria reconhece.

Uma questão interessante para a qual Mansbridge oferece uma resposta convincente diz respeito à necessidade de um número considerável de representantes mulheres para que se melhore a qualidade deliberativa. Em contextos ideais, uma única representante que oferecesse determinada "perspectiva" ou "experiência compartilhada" de um grupo marginalizado seria suficiente para aperfeiçoar a deliberação em um ambiente institucional, visto que todos estariam dispostos a ouvir seus argumentos levá-los a sério no processo de tomada de decisão. Ocorre que, como observa a autora, a deliberação é "sinérgica" e grupos menos favorecidos precisam criar uma "massa crítica". Especialmente em âmbito eleitoral, esses grupos dependem de uma representação que reflita minimamente sua proporção na comunidade como um todo para que tenha as ferramentas necessárias ao alcance de seus propósitos[78]. Esse parece ser um argumento poderoso em favor de cotas proporcionais no Legislativo, mas também confere elementos para pensarmos na necessidade de um número não desprezível de integrantes provenientes de grupos minoritários em corpos não eletivos, como cortes judiciais.

Na obra "Inclusion and Democracy", Iris Marion Young retoma o conceito de *perspectiva*, mas o elabora de forma mais cuidadosa a partir da ideia de *perspectiva social*, como um caminho para escapar do problema essencialista

---

[76] MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent "yes". *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, p. 634.

[77] MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent "yes". *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, p. 636.

[78] MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent "yes". *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, p. 636.

não contornado por e Mansbridge[79]. Segunda a autora, a perspectiva social "consiste em uma série de questões, tipos de experiências e premissas com as quais o raciocínio se inicia, e não a partir das quais resultados são alcançados"[80]. Ou seja, trata-se de um *ponto de partida*, e não um ponto de chegada, como fazem crer teorias da identidade que essencializam diferenças. Com efeito, perspectivas sociais não possuem um conteúdo dado, não podendo ser compreendidas com base em um esquema de distribuição de determinados atributos a indivíduos de forma naturalizada em razão de suas características pessoais ou de sua posição social.

Miguel reconhece que o conceito de perspectiva social, por ser "menos fechado e com caráter mais relacional", "é capaz de cumprir a mesma função da identidade – o não representável que exige a presença política – escapando às suas dificuldades, sobretudo a um essencialismo em potencial"[81]. É nesse sentido que a autora busca transformar a diferença social, antes vista como obstáculo, em um recurso importante para um processo deliberativo de maior qualidade. Isso é especialmente sensível no caso da representação de perspectivas sociais de mulheres, diante da observação de que "especialmente onde existem relações estruturais de privilégios e desvantagens, [...] a inclusão e o reconhecimento explícitos de posições sociais diferenciadas conferem recursos experienciais e críticos para uma comunicação democrática que busca promover justiça"[82]. De um lado, a inclusão de novas perspectivas motivaria os integrantes de um grupo social oprimido a transformar suas reivindicações de meras expressões de interesses em apelos mais gerais por justiça, além de maximizar o conhecimento disponível para que os cidadãos que compõem o espaço deliberativo tomem decisões mais justas e bem informadas.

Assim, no processo relacional em que se desenvolve a representação política, o grupo social[83] de mulheres merece ter suas *perspectivas sociais* mais presentes, inclusive para que a comunidade como um todo possa maximizar sua consideração sobre razões atreladas a questões que são usualmente acobertadas pela dinâmica social de dominação masculina. Dar presença a uma multiplicidade de perspectivas oprimidas e dominadas nos espaços decisórios

---

[79] "The essentialist approach to defining social groups freezes the experienced fluidity of social relations by setting up rigid inside-outside distinctions among groups" (YOUNG, 2000: 88).
[80] YOUNG, Iris Marion. (2000) *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 137.
[81] MIGUEL, Luis Felipe. (2013) *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, p. 207.
[82] YOUNG, Iris Marion. (2000) *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 115
[83] Para o conceito de grupo social em Young, ver capítulo 2 de YOUNG, Iris Marion. (1990) *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press.

tradicionais pode não ser a panaceia, como corretamente observa Miguel, mas tem o condão de conferir uma *vantagem deliberativa*, sem necessariamente "ofuscar o problema dos conflitos de interesses"[84]. Como visto, para Young as perspectivas são diferentes de interesses, justamente por conformarem *pontos de partida* que estão associados a um processo complexo de experiências sociais vividas. A ampliação dessas perspectivas, assim, não deve adormecer outras facetas do problema da representação.

O conceito de *perspectiva social* surge em Young no contexto de uma defesa do que chama de *democracia comunicativa*, em contraposição à visão mais tradicional e unificadora da democracia deliberativa[85]. Essa diferença terminológica busca enfatizar a necessidade de inclusão de uma pluralidade de perspectivas, em um argumento que se pretende mais igualitário, mas que segue ancorado na tentativa de se aprimorar a qualidade deliberativa de instituições democráticas.

Os argumentos de Phillips, Mansbridge e Young direcionam-se ao problema da representação eletiva. Assim, não se pode transplantá-los de forma automática para se justificar a presença de mulheres em corpos não eletivos. O caso de cortes judiciais é particularmente desafiador, na medida em que, ao menos em tese, esses colegiados operam em um "sistema" ou "campo" diferenciado da política eleitoral, que seria movido por um tipo de racionalidade diferente, orientado normativamente por um dever de imparcialidade e um olhar unívoco ao código do direito.

4. MULTIPLICIDADE DE PONTOS DE VISTA COMO VANTAGEM DELIBERATIVA

O conceito de perspectiva social de Young foi construído a partir da problemática da representação exercida por mandatários eleitos pelo povo para tomar as decisões políticas. É bem verdade que a própria autora observa que a aplicação de sua teoria poderia ser transposta a outros espaços deliberativos, incluindo tribunais[86], mas não se tem clareza de que os mesmos elementos que

[84] MIGUEL, Luis Felipe. (2013) *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, p. 218.
[85] YOUNG, Iris Marion. (1996) Communication and the other: beyond deliberative democracy. In: BENHABIB, S. (Org.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, p. 132.
[86] Segundo a autora, "Legislatures are not the only governmental bodies [...] in which arguments for group representation can and should be applied. Courts, public hearings, appointed committees and commissions, and consultative processes are among the other deliberative and decision-making bodies that should be candidates for inclusive representation, even when citizens do not directly vote on their composition" (YOUNG, 2000: 152).

justificam a presença de mulheres no Legislativo são perfeitamente válidos para o Poder Judiciário. Tribunais não recorrem ao voto para justificar sua autoridade. Sua legitimidade deve ser aferida a partir de outros critérios, os quais, de uma forma ou de outra, acabam por remeter à noção de que suas decisões não podem ser tomadas com base na maioria de preferências, mas sim nas melhores razões jurídicas disponíveis.

É preciso descortinar o que há debaixo da toga para investigarmos qual é a implicação da inserção de diferentes *perspectivas sociais* na composição de tribunais. Entendendo essas perspectivas como *pontos de partida*, na linha do que propõe Young, não se corre o risco de cair na vala de uma política da identidade que naturaliza e essencializa o debate sobre diversidade de gênero, com efeitos perversos inclusive sobre a possibilidade de um processo deliberativo minimamente efetivo. Leve-se em conta, ainda, que o conceito também tira a força do argumento que busca estabelecer uma correlação clara entre a identidade de julgadores e o resultado de suas decisões, tornando pouco promissor o exercício empírico de se verificar potenciais efeitos benéficos da diversidade pela medição das decisões colegiadas.

Cuida-se, por conseguinte, de um argumento teórico de cunho eminentemente *processual.* Se perspectivas sociais são pontos de partida, a multiplicidade de pontos de vista em um tribunal tem o potencial de amplificar as razões que se colocam como potencial fundamentação para uma decisão. A diversidade de gênero passa a ser, portanto, um recurso positivo, uma *vantagem deliberativa* da corte. Se tribunais são mais legítimos quando deliberam melhor, são igualmente mais legítimos quando integram em seus quadros juízes que trazem perspectivas sociais diferentes, especialmente de grupos sociais que sofrem de dominação e/ou opressão. Essa vantagem deliberativa não decorre do fato de que sua composição reflete um retrato fiel da sociedade (representação descritiva), mas porque seu processo deliberativo abre-se a uma amplitude de visões e razões que não ganham espaço em colegiados compostos exclusivamente ou majoritariamente por homens. O argumento é de que uma composição elitista e patriarcal da corte não confere condições para que o processo deliberativo se abra a experiências compartilhadas por grupos marginalizados, servindo, ao contrário, como um mecanismo de opressão implícita ou explícita.

Assim, torna-se mais clara a importância da questão sobre *quem* julga para

se tratar do papel de tribunais como instituições deliberativas, sem que isso implique a rejeição da noção de imparcialidade do juiz. Como afirmou a juíza da Suprema Corte estadunidense Sandra O'Connor no caso *J.E.B. v. Alabama*, "One need not be a sexist to share the intuition that, in certain cases, a person's gender and resulting life experience will be relevant to his or her view of the case"[87]. Nota-se, contudo, que a concepção dominante de imparcialidade também merece ser repaginada. Ser imparcial não pode significar um olhar absolutamente externo à sociedade, para se decidir de uma posição olímpica. Apesar de ser essa uma imagem habitual da atividade judicante na teoria jurídica, devemos abandoná-la justamente por sua impossibilidade prática. Se imparcial não pode ser neutro, em um sentido estritamente prescritivo, o ideal de imparcialidade na adjudicação somente tem espaço para sobreviver como um tipo ideal válido caso seja reorientado a partir dessa premissa fática inafastável.

Se os integrantes de uma corte são também membros daquela sociedade para a qual suas decisões se destinam, não há porque se defender normativamente que eles se dispam completamente de suas individualidades e extirpem sua própria condição de ser no momento do julgamento. O que não se pode conceber é que essas individualidades apresentem algum tipo de pré-disposição em favor de alguma das partes que litigam no caso concreto a ser decidido pelo juízo. Nesse sentido, a inclusão dos diferentes pontos de partida, especialmente daqueles grupos minoritários que padecem de processos opressão e dominação, não seria algo a abala a imparcialidade na adjudicação, mas um passo para a realização da *imparcialidade estrutural* de que fala Sherrilyn Ifill. Segundo a autora, a imparcialidade é realizada na prática justamente "porthrough the interaction of diverse viewpoints on the bench and the resulting decreased opportunity for one perspective to consistently dominate judicial decision making"[88]. Isso não implica em qualquer tipo de essencialização, já que teríamos algum tipo de elevação de vieses justamente se contássemos com um colegiado pouco diverso, apenas com homens brancos "uninformed by the 'varieties of human experience'"[89].

Por isso, as diferentes perspectivas sociais que compõem um tribunal devem ser compreendidas como uma multiplicidade de pontos de partida. Assim,

---

[87] Citado em KELLEY, Sally. (2013) *Gender and justice*: why women in the judiciary really matter. New York: Routledge, p. 170.

[88] IFILL, Sherrilyn. (1998) Judging the judges: racial diversity, impartiality and representation on state trial courts. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, p. 119.

[89] IFILL, Sherrilyn. (1998) Judging the judges: racial diversity, impartiality and representation on state trial courts. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, p. 127.

abre-se caminho para que se mantenha um ideal de imparcialidade com relação aos lados em disputa, sem deixar de lado a inevitalibilidade da influência da perspectiva social de que parte o julgador sobre seu processo decisório. Mais do que isso, o argumento busca explicitar que a ampliação desses pontos de partida tem o poder de conferir um potencial deliberativo mais ampliado àquele colegiado no processo de apuração e escolha das melhores razões para se decidir, sem que isso implique necessariamente em algum comprometimento do julgador com algum dos lados em disputa.

Com o transplante do conceito de *perspectivas sociais* para iluminar a lógica específica de tribunais, tento demonstrar que a presença de mais mulheres em cortes brasileiras não teria como efeito apenas um ganho simbólico relevante para o empoderamento de um grupo social sistematicamente oprimido em nossa sociedade. Uma composição do Judiciário, em especial das cortes de hierarquia mais elevada, mais diversificada em termos de gênero é um passo fundamental para aumentarmos a qualidade deliberativa de seu processo decisório, o que teria como consequência prática a consolidação de colegiados que funcionam melhor para a sociedade como um todo.

5. CONCLUSÕES E DESAFIOS DE PESQUISA

A partir de teóricas feministas que pensaram o problema da representação de mulheres em âmbito eleitoral, busquei oferecer um argumento teórico novo para se pensar o problema da diversidade de gênero no Judiciário. Tentei demonstrar que esse argumento, de cunho eminentemente processual, não se confunde com justificativas que pretendem exaltar a importância *simbólica* de termos mais mulheres em posições sociais de poder, tampouco com uma demonstração factual no sentido de que mais mulheres juízas podem gerar *resultados* mais favoráveis a pautas feministas. Também não me filiei a uma acepção puramente descritiva que defende que tribunais precisam ser um perfeito reflexo da sociedade para que possuam legitimidade democrática.

O conceito de *perspectiva social* de Iris Marion Young mostrou-se particularmente útil ao avançar a ideia de que a construção social de grupos sistematicamente oprimidos faz com que indivíduos apresentem perspectivas sociais diferentes que, em um processo decisório que valoriza a deliberação, pode ser um trunfo para que se multipliquem os pontos de partida para chegarmos às melhores razões. Percebendo tribunais como instituições deliberativas, seu critério de legitimidade torna-se diferente daquele de outras instituições políticas dotadas de *pedigree* eleitoral. Para que cortes alcancem o

potencial papel de “exemplares da razão pública”, assumindo uma “legitimidade reflexiva”, não basta que atendam a critérios normativos internos de deliberação mais rigorosos. Além da pergunta sobre *como* deliberam, a questão sobre *quem* delibera também possui relevância para assegurar a melhora de sua qualidade deliberativa e, por consequência, aumentar seu nível de legitimidade democrática. Em poucas palavras, o argumento defende que a presença de mais mulheres em tribunais possibilita a inserção de diferentes perspectivas sociais no processo de tomada de decisão judicial e, assim, aumenta sua qualidade deliberativa.

Essa nova tese em favor da presença de mais mulheres no Judiciário levanta uma série de questões teóricas e empíricas relevantes, que podem dar impulso a esforços de pesquisa de maior fôlego. Em primeiro lugar, ainda há uma carência de estudos que apresentem um diagnóstico empírico descritivo mais apurado sobre a participação de juízas, especialmente em tribunais superiores. Esse mapeamento tem um papel prático e político importante, na medida em que pode ter o condão de desfazer o mito de que a sub-representação de mulheres no Judiciário é um problema que será vencido naturalmente com a ascensão de mulheres em carreiras profissionais na sociedade como um todo[90]. Em especial, faz falta um diagnóstico exaustivo dos filtros de recrutamento que impedem a ascensão de mulheres, desde os concursos públicos até os processos de promoção por merecimento e indicação política por autoridades eleitas.

Também se faz premente uma discussão teórica e empírica mais apurada, especialmente a partir de métodos comparativos, para se avaliar as implicações institucionais do argumento sobre modelos de recrutamento. Como se percebe no trabalho de Anne Phillips, o debate sobre representação eleitoral de mulheres parece orbitar em torno da discussão sobre a necessidade e os contornos de uma política de cotas. As diferenças próprias de tribunais, contudo, indicam que esse não parece um caminho promissor para o debate sobre a participação de mulheres no Judiciário. Isso porque o argumento não se confunde com uma representação descritiva em que a corte deve espelhar com exatidão a composição da sociedade, mas antes defende a promoção de um espaço menos

---

[90] Essa visão é exprimida, por exemplo, no discurso da Ministra Cristina Peduzzi, do Tribunal Superior do Trabalho, que, em entrevista, afirmou que o aumento do número de mulheres no Judiciário seria "uma consequência natural do aumento e da prevalência nos últimos concursos, da admissão de mulheres na base. Naturalmente isso vai se refletir no segundo grau e nos tribunais superiores". Disponível em: http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/08/por-que-ha-tao-poucas-mulheres-na-cupula -do-judiciario.htm

opressivo e dominador com relação a perspectivas sociais que sofrem dessas patologias no contexto mais amplo daquela comunidade política. De fato, a arquitetura de mecanismos de seleção que favoreçam uma composição de um Judiciário mais diversificado é um desafio para o desenho institucional de tribunais[91]. Essa tarefa, contudo, não pode partir das mesmas premissas do debate voltado à órgãos representativos.

A institucionalização da diversidade em tribunais também apresenta outro desafio, relacionado à forma de efetivação dessa diversidade que pode levar à um padrão de colegialidade mais efetivo e satisfatório. Não se pode conceber, de um lado, que a multiplicidade de pontos de vista inviabilize um processo deliberativo efetivo, tampouco a reprodução de padrões de dominação próprios às relações de poder existentes na sociedade como um todo. Como reconhecem Abdel-Monem, Bingham, Marincic e Tomkins, "isso levanta a questão fundamental de até que ponto a deliberação é percebida como um processo justo e equitativo", já que, se os grupos deliberativos conferirem menos oportunidades para a inclusão de perspectivas ou se esses novos pontos de vista são recorrentemente ignorados, os benefícios potenciais da diversificação de tribunais podem não ser realizados na prática[92].

Reconheço também que o argumento pelo qual procurei defender a presença de mais mulheres no Judiciário pode ser extrapolado para tratar da presença/ausência de outros grupos sociais. Uma questão teórica importante ainda adormecida é a disputa sobre quais grupos ou perspectivas devem ser privilegiados na composição de tribunais. Além da distinção que busquei estabelecer entre o caso de cortes e de outras instituições representativas, há um óbice de fundo prático que diz respeito ao número de membros bem mais enxuto em cortes do que em parlamentos.

Quais perspectivas devem ser privilegiadas em colegiados tão diminutos? Tentei mostrar que essa é uma pergunta fundamental para pensarmos não apenas a ascensão social desses grupos sistematicamente oprimidos, mas

---

[91] Na linha de Romero, "to achieve diversity in an appointive system, the people involved in implementing the process must be directed to consider diversity at the different stages of the process" ROMERO, Leo. (2006) Enhancing diversity in an appointive system of selecting judges. *Fordham Urban Law Journal*, v. 34, n. 1, 486. Para um estudo sobre a institucionalização da diversidade em cortes, ver HAIRE, Susan; MOYER, Laura; TREIER, Shawn. (2013) Diversity, deliberation, and judicial opinion writing. *Journal of Law and Courts*, v. 1, n. 2, pp. 303-330.

[92] ABDEL-MONEM, Tarik; BINGHAM, Shereen; MARINCIC, Jamie; TOMKINS, Alan. (2010) Deliberation and diversity: perceptions of small group discussions by race and ethnicity. *Small Group Research*, v. 41, n. 6, pp. 750-

também a própria qualidade da deliberação de tribunais. A disputa sobre como deve ser o arranjo institucional específico de determinada corte ou país é uma agenda de pesquisa que considero como um desdobramento natural do argumento e que apresenta um desafio adicional que envolve a inter-relação entre esses grupos sociais e recortes cruzados que extrapolam o objeto deste primeiro esforço teórico.

Devo pontuar, também, que abandonar o empreendimento empírico que busca estabelecer correlações claras entre a identidade de julgadores e o teor de suas decisões não significa abandonar o empreendimento empírico *tout court*. Meu argumento talvez demande um desenho de pesquisa sensivelmente diferente do argumento que chamei de empiricista, privilegiando outros métodos científicos, em especial de tipo qualitativo, mas não se situa em um plano abstrato não instrumentalizável por estudos empíricos rigorosos. Buscar entender o papel de perspectivas sociais e sua influência sobre a qualidade do processo deliberativo de tribunais pode direcionar o esforço de pesquisa para focos não relacionados às decisões judiciais em si, como, por exemplo, as sabatinas de juízes, suas posições externadas fora dos autos e outros caminhos menos ortodoxos para se buscar compreender quais são esses pontos de partida e como se dá sua incorporação no processo decisório. Com meu argumento, então, busco apenas colocar um ponto de partida para pesquisas de maior fôlego que se direcionem a esse espaço de penumbra do debate sobre deliberação em tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDEL-MONEM, Tarik; BINGHAM, Shereen; MARINCIC, Jamie; TOMKINS, Alan. (2010) Deliberation and diversity: perceptions of small group discussions by race and ethnicity. *Small Group Research*, v. 41, n. 6, pp. 746-776.

ALMEIDA, Debora Rezende de. (2015) *Representação além das eleições*: repensando as fronteiras entre Estado e sociedade. Jundiaí: Paco Editorial.

ERCAN, Selen; DRYZEK, John. (2015) The sites of deliberative democracy: the reach of deliberative democracy. *Policy Studies*, v. 36, n. 3, pp. 241-248.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. (2002) Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wokciech (Org.). *Constitutional justice, East and West*. London: Kluwer Law International, pp. 21-36.

IFILL, Sherrilyn. (1998) Judging the judges: racial diversity, impartiality and representation on state trial courts. *Boston College Law Review*, v. 39, n. 1, pp. 95-149.

KENNEY, Sally. (2013) *Gender and justice*: why women in the judiciary really matter. New York: Routledge.

MANSBRIDGE, Jane. (1999) Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent “yes”. *The Journal of Politics*, v. 61, n. 3, pp. 628-657.

MENDES, Conrado Hübner. (2013) *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press.

MIGUEL, Luis Felipe. (2013) *Democracia e representação*: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP.

PHILLIPS, Anne. (1995) *The politics of presence*: the political representation of gender, ethnicity, and race. Oxford: Oxford University Press.

PITKIN, Hanna Fenichel. (1967) *The concept of representation*. Berkeley: The University of California Press.

RAWLS, John. (2005) *Political liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press.

ROMERO, Leo. (2006) Enhancing diversity in an appointive system of selecting judges. *Fordham Urban Law Journal*, v. 34, n. 1, pp. 485-500.

ROSANVALLON, Pierre. (2011) *Democratic legitimacy*: impartiality, reflexivity, proximity. Trad. Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press.

SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (Orgs.). (2013) *Gender and judging*. Oxford: Hart Publishing.

WALDRON, Jeremy. (2016) *Political political theory*: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press.

YOUNG, Iris Marion. (1990) *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press.

YOUNG, Iris Marion. (1996) Communication and the other: beyond deliberative democracy. In: BENHABIB, S. (Org.). *Democracy and difference*: contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press.

YOUNG, Iris Marion. (2000) *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Liberdade Religiosa ou Abuso de Direito: Uma Análise dos Projetos de Lei em Tramitação na Câmara dos Deputados

Giordano Alan Barbosa Sereno[93]

RESUMO:
O presente trabalho analisou o direito a liberdade religiosa a partir das suas principais vertentes como: liberdade de consciência, liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. A partir do referencial teórico construído, comparou-se o tratamento dispensado a esse tema pelo ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e direito internacional, com os projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados. Observou-se que há boas iniciativas em debate para garantir a liberdade religiosa, mas também alguns projetos de pouca relevância, que atribuem responsabilidades genéricas ao poder público, e que abrem brechas para o exercício abusivo do direito a liberdade religiosa.

Palavras-chave:
Liberdade Religiosa; Liberdade de Consciência; Liberdade de Culto; Liberdade de Crença. Abuso de Direito; Projetos de Lei; Câmara dos Deputados.

INTRODUÇÃO

Segundo o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2009, p. 1729), religião é a "crença na existência de uma força ou forças sobrenaturais, consideradas como criadoras do Universo, e que como tal, devem ser adoradas e obedecidas" ou "a manifestação de tal crença por meio de doutrina e ritual próprios, que envolvem, em geral, preceitos éticos". Já Teraoka (2010, p. 44), apresenta um conceito mais simples e define religião como "a crença e a manifestação da crença no poder divino ou sobrenatural, (...) um ser ou poder imortal, superior ou distinto da natureza".

Para o autor, é importante manter o conceito o mais aberto possível. "Até o século XIX, o conceito de religião era entendido de forma restrita, teísta, em termos ocidentais, relacionado aos temas de divindade, moralidade e adoração" (TERAOKA, 2010, p. 44). Entretanto, atualmente, o conceito de religião tornou-se mais plural. Para caracterizar como religião é suficiente a vinculação ao sobrenatural, independente de sistematização teológica, crença em um deus pessoal, unidade organizacional ou a existência de um líder comum (TERAOKA, 2010).

A opinião dos não participantes é irrelevante, pois, as convicções religiosas só precisam fazer sentido para os seus seguidores. Não precisam de fundamentação científica, uma vez que são baseadas na fé. Ainda que parte dos seguidores supunham certa racionalidade, os dogmas religiosos mais importantes carecem de quaisquer evidências reconhecidas (TERAOKA, 2010).

Oliveira e Alves (2013) comentam a respeito do aumento do número de casos de intolerância religiosa, o que tem levado alguns estudiosos e intelectuais a criticarem a religião. Nesse contexto, convém analisar os argumentos de Davis (1969). A autora ressalta que a religião foi utilizada para justificar a escravidão nos Estados Unidos. Cita o caso particular do cristianismo que foi empregado para fins de "lavagem cerebral, doutrinação e pacificação dos negros escravizados". Utiliza a expressão "ópio do povo" para descrever uma religião que "ensina os homens a estarem satisfeitos com sua condição neste mundo – com sua opressão – orientando as suas esperanças e desejos para um domínio sobrenatural". Para Davis (1969), não há nada positivo na religião.

---

[93] Pesquisador-Tecnologista em Informações e Avaliações Educacionais no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Bacharel em Ciência da Computação pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Engenharia de Software pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Acadêmico de Direito na Universidade de Brasília (UnB).

Entretanto, não é justo tornar a religião o vilão da história. Segundo Teraoka (2010), não se pode negar a importância da religião no contexto social. Impulsionou revoluções sociais e filosóficas e atuou como instrumental ideológico para a manutenção da paz. Outro ponto a destacar, é que a crença religiosa forma a identidade do indivíduo. A identidade religiosa será fundamental para orientar a pessoa moral, social e politicamente, além de definir como ela se relacionará com os demais e consigo mesma (TERAOKA, 2010).

As religiões fazem parte da vida do ser humano desde tempos remotos, oferecendo uma primeira explicação para compreender o mundo a sua volta. Entretanto, a liberdade religiosa é relativamente recente, sendo um dos primeiros direitos fundamentais conquistados pela sociedade moderna, considerado, assim, um direito de primeira geração e que começou com o debate sobre o estado laico (MORAIS, 2011).

Os direitos fundamentais de primeira geração buscavam limitar o poder estatal a partir de prestações negativas, que impunham ao Estado "um dever de não fazer", com o intuito de preservar os direitos e garantias individuais clássicos, tais como: "o direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, etc." (BULOS, 2015, p.529).

Inicialmente, a liberdade religiosa visava proteger as pessoas religiosas, mas, posteriormente, acabou se convertendo em uma característica marcante de um Estado democrático e plural. "A liberdade religiosa é um postulado de garantia das minorias religiosas, ateus e agnósticos, os quais mais precisam fazer valer seus direitos utilizando a legislação vigente" (MORAIS, 2011, p. 226). Sofrem com a falta da liberdade religiosa: jovens religiosos ridicularizados em meios acadêmicos, ateus, agnósticos, seguidores de religiões de matriz africana "acusados" de adoradores do demônio, sendo inclusive apedrejados[94] na rua, tendo seus templos religiosos ameaçados por atentados e incêndios[95], praticantes de religiões que têm seus símbolos religiosos ridicularizados em passeatas e programas de televisão.

O objetivo do presente trabalho é analisar o direito a liberdade religiosa a partir dos seus principais aspectos como liberdade de consciência, crença, culto e organização religiosa. Uma vez construído esse referencial teórico, a ideia é traçar um paralelo entre a o tratamento que esse tema tem recebido do ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e direito internacional, com a forma como essa questão fundamental vem sido debatida em projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados. A proposta é avaliar se esses projetos de lei representam propostas em defesa ao direito à liberdade religiosa, ou se podem ser consideradas como abuso de direito. O exercício abusivo de um direito subjetivo se caracteriza por contrariar seu fim econômico e, a boa-fé ou os bons costumes (LUNARDI, 2008).

A metodologia utilizada será a pesquisa da literatura especializada, doutrina e legislação, para construir um referencial teórico sobre a liberdade religiosa em seus múltiplos aspectos, para, em seguida, realizar uma análise qualitativa do conteúdo dos projetos de lei sobre o tema, conforme destacado no parágrafo anterior.

Conforme mencionado anteriormente, havendo liberdade, a religião é muito importante para o contexto social (TERAOKA, 2010). A liberdade religiosa torna-se um tema ainda mais relevante em uma sociedade com forte religiosidade popular como é a brasileira (MORAIS, 2011). É importante que a sociedade conheça como o tema vem sido debatido entre seus representantes eleitos, para avaliar se estes de fato estão colaborando para construir uma sociedade verdadeiramente plural, ou se estão semeando a intolerância religiosa.

O presente trabalho está estruturado da seguinte forma. Na segunda seção, logo após essa breve introdução, será analisado o conceito da liberdade religiosa em seus múltiplos aspectos. Na seção seguinte, serão abordados os potenciais limites à liberdade religiosa. Já na quarta e quinta seções serão discutidos os temas do abuso de direito e dos projetos de lei em tramitação na Câmara

---

[94]http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/16/menina-e-apedrejada-na-saida-de-culto-de-candomble-no-rio.htm

[95]http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/destruido-por-incendio-terreiro-do-df-reabre-apos-dez-meses-fechado.html

dos Deputados, respectivamente. Finalmente, na última seção, serão apresentadas as principais conclusões obtidas.

LIBERDADE RELIGIOSA

O principio da liberdade religiosa é um dos fundamentos do Estado Democrático, para garantir liberdade e igualdade, objetivando uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (MORAIS, 2011). “A liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, culto e demais atividades, realizadas por indivíduos e organizações religiosas” (TERAOKA, 2010, p. 53). Ninguém pode “sofrer restrições em razão de suas opiniões ou crenças religiosas, devendo, todo homem, ser livre para professar suas opiniões sobre religião” (MORAIS, 2011, p. 239).

Por conta dessa liberdade, nenhuma religião pode ser imposta ao indivíduo, seja pelo Estado ou pela comunidade (MORAIS, 2011), uma vez que o direito a liberdade religiosa vincula Estado e particulares (TERAOKA, 2011). Todos são livres para crer na existência de uma divindade, professar sua fé e cumprir os deveres religiosos impostos por sua crença, seja em matéria de culto, família ou ensino. As organizações religiosas são livres para aplicar sanções religiosas aos seguidores que descumprirem seus preceitos, sem qualquer interferência estatal (TERAOKA, 2010). Da mesma maneira, e sem qualquer contradição, não cabe ao Estado impor aos seguidores de determinada religião o cumprimento desses mesmos deveres, caso optem por não cumpri-los (MORAIS, 2011). “A força do Estado nunca poderá ser usada para obrigar a obediência de um mandamento religioso” (TERAOKA, 2010, p. 148).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 entendeu ser oportuno tutelar a liberdade religiosa (TERAOKA, 2010). “Dentro de uma ideia de bom senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura a todos o direito de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-las, ou de seguir qualquer corrente filosófica”, ou ainda, de mudar de religião a qualquer momento (LENZA, 2014, p. 1087). O direito à liberdade religiosa está consagrado no rol dos direitos fundamentais, mais precisamente no inciso VI, do artigo 5º da CRFB, *in verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (BRASIL, 1988).

Além desse dispositivo, a carta magna também resguarda a objeção de consciência por motivos religiosos (art. 5º, VIII), que será detalhada na seção 2.4, além de proibir que os entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) instituam, subvencionem ou atrapalhem o funcionamento de organizações religiosas, bem como mantenham relação de dependência ou aliança (art. 19, I). Esse tema será tratado na seção 2.1.

Há também outros dispositivos constitucionais com a temática relacionada à liberdade religiosa, mas que, por sua especificidade, não serão pormenorizados no desenvolvimento do presente artigo. São eles: direitos à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII); o ensino religioso de matrícula facultativa, em horários normais, em escolas públicas (art. 210, § 1º); o reconhecimento do casamento religioso (art. 226, § 2º) e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, b) (BRASIL, 1988).

A Constituição, por meio da liberdade religiosa, também garante ao indivíduo o direito de ser ateu ou agnóstico, respeitando o que Lenza (2014) chama de liberdade de descrença. Especialmente em sociedades marcadamente religiosas como a brasileira, ateus e agnósticos são perseguidos, por serem “confundidos com pessoas ligadas a rituais macabros, diabólicos, adoradores de demônios” (MORAIS, 2011, p. 230). As minorias religiosas também devem ser protegidas e mantidas imunes às interferências estatais (TERAOKA, 2010).

“Há um verdadeiro direito geral de abstenção dos indivíduos e também do Estado, que se constitui no respeito à opção religiosa ou à ausência de opção religiosa de determinada pessoa” (TERAOKA, 2010, p. 140). O direito à liberdade religiosa configura-se, portanto, como direito negativo, visando impedir uma possível e indesejável intervenção estatal (TAVARES, 2009). Portanto, o Estado não poderá atrapalhar “o livre exercício dos cultos religiosos ou estabelecer e privilegiar a realização dos mesmos” (BENEDETTI; TRINDADE, 2009, p. 5).

Entretanto, pode também ser considerado um direito positivo, facultando ao indivíduo “exigir prestação positiva do Estado ou de indivíduos para garantir a liberdade religiosa” (TERAOKA, 2010). Uma obrigação positiva exigível do Estado é a de ”ser secular”. É fato que não se pode exigir que o Estado ajude o indivíduo a ser religioso. Mas, é perfeitamente possível e razoável que o indivíduo obrigue o Estado a ser secular (TERAOKA, 2010, p. 141).

SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E IGREJA E PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE ESTATAL

A liberdade religiosa e a separação entre Igreja e Estado se desenvolveram de forma lenta e gradual, na transição do Estado moderno para o Estado constitucional (OLIVEIRA; ALVES, 2013). Trata-se de algo relativamente recente na história mundial, sendo fruto da reforma protestante e da divisão entre os cristãos. Para controlar as múltiplas divisões e manter a paz, os Estados passaram a tolerar as diferentes religiões. Posteriormente, a atitude de tolerância evoluiu para a liberdade religiosa em sentido moderno (TERAOKA, 2010).

A liberdade religiosa só foi possível com a separação entre Igreja e Estado ou laicidade do Estado (BENEDETTI; TRINDADE, 2009). Trata-se de um ideal que robustece esse direito fundamental. Segundo Da Costa (2008, p. 97 apud TERAOKA, 2010, p. 219), o grau de liberdade religiosa em uma sociedade será apurado a partir do “tratamento dispensado pelo Estado às atividades religiosas”, bem como pelo nível de identificação entre Governo e religiões.

“O inciso I do artigo 19 da Constituição Federal consagra a neutralidade religiosa no Estado brasileiro” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 241). Esse dispositivo constitucional proíbe União, Estados, Distrito Federal e Municípios de estabelecer igrejas ou cultos religiosos, vedando também interfiram em seu funcionamento (MORAIS, 2011). A única exceção admitida é a colaboração a bem do interesse público. Assim, serão toleradas alianças e relações com lideranças e organizações religiosas, desde que visem o interesse público e gerem benefícios que alcancem toda a coletividade (MORAIS, 2011).

Desde a proclamação da República, “há separação entre Estado e Igreja, sendo o Brasil um país leigo, laico ou não confessional”. Em primeiro lugar, isso significa que não há no país uma religião oficial (LENZA, 2014). Para Comparato (2007, p. 314 apud BENEDETTI; TRINDADE, 2009, p. 11), não haverá verdadeiramente liberdade religiosa em um Estado que adote uma religião oficial. Isso porque aqueles que não professarem a religião do Estado sofrerão pressões políticas, econômicas e profissionais que converterão essa pretensa liberdade em mera ficção.

Para Teraoka (2010), a neutralidade estatal é fundamental para garantir a liberdade religiosa. Neutralidade significa que o Estado é independente de quaisquer concepções religiosas, respeitando-se o pluralismo existente na sociedade (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015). Por conseguinte, ao defender o pluralismo e instituições políticas legitimadas pelo voto popular e não pela crença religiosa, o “Estado laico protege as minorias” (OLIVEIRA; ALVES, 2013, p. 90) e garante a “igualdade entre as religiões” (TERAOKA, 2010, p. 223).

Em um Estado neutro, as decisões políticas serão fundamentadas em argumentos imparciais, acessíveis a religiosos das mais diversas denominações, bem como a ateus, agnósticos e não religiosos em geral (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015). Nenhum poder será legítimo se não conseguir justificar-se a partir de argumentos imparciais e não religiosos (HABERMAS, 2007 apud CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015). “Não se deve tolerar qualquer referência ou insinuação

religiosa em cerimônias oficiais ou em declarações políticas” (DWORKIN, 2006 apud CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 241).

“Um Estado laico deve ser coletivamente neutro em relação à existência de Deus ou de Deuses ou se alguma religião é melhor ou pior” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 241). Não cabe ao Estado analisar o mérito das verdades religiosas, decidindo sobre a verdade ou falsidade de determinada crença (TERAOKA, 2010). A atuação do Estado deve se limitar a apurar se determinada crença é sincera, para que os indivíduos possam usufruir dos benefícios concedidos pelo direito a liberdade religiosa (TERAOKA, 2010).

O Estado também não deve admitir manifestações antirreligiosas (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015), já que Estado laico não significa Estado ateu (LENZA, 2014). Pelo contrário, espera-se do Estado a neutralidade, respeitando todas as crenças religiosas (MORAIS, 2011) e coibindo atitudes de intolerância e hostilidade (LENZA, 2014).

FUNDAMENTO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A tutela dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro pauta-se pela universalidade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA; ALVES, 2013), consagrado pela Constituição no artigo 1º, III (BRASIL, 1988). Portanto, todos farão jus a esses direitos, não se admitindo quaisquer formas de discriminação por raça, sexo ou religião (OLIVEIRA; ALVES, 2013).

A “dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem” (DA SILVA, 2012, p. 107). Trata-se de um valor inerente ao ser humano, que “em virtude de sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2012, p.122).

“A liberdade religiosa e suas vertentes encontram fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana” (BENEDETTI; TRINDADE, 2009, p. 5). Essa relação pode ser justificada por dois argumentos principais. Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana favorece a liberdade de escolha, já que não há dignidade sem liberdade (TERAOKA, 2010). Além disso, a religião faz parte da identidade do ser humano, de modo que “a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa” (SILVA NETO, 2008, p. 114 apud BENEDETTI; TRINDADE, 2009, p. 6).

ASPECTOS DA LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa se apresenta sob três aspectos ou vertentes: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa (DA SILVA, 2012, p. 252). Além dessas vertentes principais, também é importante destacar a liberdade de consciência. Segundo Morais (2011, p. 241), “a liberdade religiosa é um corolário da liberdade de consciência”. As três vertentes da liberdade religiosa: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa; além da liberdade de consciência, serão detalhadas nas subseções a seguir.

Liberdade de consciência

A liberdade de consciência está positivada na primeira parte do inciso VI, do artigo 5º, da Constituição Federal (TERAOKA, 2010). O objetivo é permitir que os indivíduos compreendam o mundo a sua volta, formulando questões sobre si mesmos e sobre o ambiente (TERAOKA, 2010).

“A liberdade de consciência consiste na adesão a certos valores morais e espirituais, independentes de qualquer aspecto religioso” (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 52), sendo questão de foro íntimo e individual. Já a liberdade de crença, além de possuir uma dimensão social

e institucional, é menos abrangente (TERAOKA, 2010), pois, se caracteriza pela presença do elemento religião (BENEDETTI; TRINDADE, 2009).

> A liberdade de consciência é a liberdade de foro íntimo do ser humano, que impede alguém de submeter outrem a seus próprios pensamentos. Cada qual segue a diretriz de vida que lhe for conveniente, desde que não cometa ilicitudes. A liberdade de consciência é o pressuposto para o exercício das demais liberdades de pensamento. Sem ela, as liberdades de religião (...) e de convicção político-filosófica não se concretizam (BULOS, 2015, p. 577).

Liberdade de crença

Tanto a liberdade de crença, quanto a liberdade de consciência, são consideradas invioláveis pela Constituição, uma vez que por estarem associadas a questões internas do indivíduo, não podem sofrer restrições (BENEDETTI; TRINDADE, 2009).

"Liberdade de crença é a liberdade de acreditar ou não em algo" (BULOS, 2015, p. 578). Trata-se de uma característica interior e espiritual, que protege o ser humano "na sua profissão de fé no interior de sua residência, nos chamados cultos domésticos" (DA SILVA, 2012, p. 252). Não é possível obrigar alguém a acreditar em determinada religião, teoria ou seita (BULOS, 2015).

"A liberdade de crença engloba o direito de escolher a própria religião (aspecto positivo) e o direito de não seguir religião alguma, de ser agnóstico ou ateu (aspecto negativo)" (BULOS, 2015, p. 578). Engloba também a possibilidade de mudar de religião, além do direito de se determinar a partir de uma concepção religiosa (TERAOKA, 2010).

Liberdade de culto

"A liberdade de culto é uma das formas de expressão da liberdade de crença" (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015, p. 52). Sua principal diferença está no fato de envolver a manifestação exterior da religião (BENEDETTI; TRINDADE, 2009). Está consagrada na parte final do inciso VI, artigo 5º da Constituição Federal. A liberdade de culto protege "o homem na prática pública da religião; é a proteção à exteriorização da fé" (DA SILVA, 2012, p. 252). Diz respeito ao modo como as religiões exercitam suas liturgias, ritos, cerimônias, manifestações, hábitos e tradições, que não estão sujeitos a intervenções arbitrárias por parte do Estado (BULOS, 2015).

"Os religiosos têm todo o direito de exigir em seus templos determinado comportamento de seus fiéis, que são livres, felizmente – ao menos é assim nas culturas não teocráticas –, para escolherem o seu caminho." (OLIVEIRA; ALVES, 2013, p. 91).

"Cumpre à lei estabelecer os locais mais apropriados para o exercício de práticas religiosas, aferindo, também, normas de proteção aos templos" (BULOS, 2015, p. 578). Os cultos podem ser realizados em templos ou em locais públicos, desde que observados certos limites (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015). O exercício da liberdade de culto não poderá perturbar "a ordem, a paz, a tranquilidade e o sossego público, devendo respeitar a lei e os bons costumes" (BULOS, 2015, p. 578). Cultos em locais públicos deverão observar as limitações impostas ao direito de reunião (CF, art. 5°, XVI), que são: aviso prévio à autoridade competente e inexistência de outra manifestação marcada para o mesmo local (TERAOKA, 2010) (BRASIL, 1988).

Os cultos realizados em locais públicos (externos) costumam ser mais problemáticos que os realizados em templos (internos). As autoridades precisam agir para garantir a fluidez do trânsito e a segurança dos participantes (TERAOKA, 2010). Há, nesse caso, a possibilidade de encarar o direito a liberdade religiosa como um direito positivo, que exige atuação do Estado. Por conta dessas especificidades, a liberdade de culto é a vertente da liberdade religiosa mais restringida, já que o Estado precisa garantir a coexistência pacífica, quando a manifestação religiosa entra em conflito com os direitos de outros indivíduos (BENEDETTI; TRINDADE, 2009).

O ordenamento jurídico também faculta às organizações religiosas a realização em templos de reuniões sigilosas não acessíveis ao grande público (TERAOKA, 2010).

Liberdade de organização religiosa

A liberdade de organização religiosa decorre do Estado laico (SORIANO, 2002, p. 11 apud TERAOKA, 2010, p. 58), referindo-se à possibilidade de instituir organizações religiosas, que são pessoas jurídicas com finalidades religiosas (DA SILVA, 2012, p. 253), voltadas para atividades como organização de cultos, ensino e divulgação de crenças religiosas (TERAOKA, 2010).

Encontra-se positivada no Código Civil de 2002, artigo 44, § 1º, que estabelece:

> São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento (BRASIL, 2002).

Por essa vertente da liberdade religiosa, as organizações são livres, a partir de suas crenças, para definir sua forma de organização e financiamento (TERAOKA, 2010). Entretanto, não estão imunes à regulação de seus atos pelo Poder Judiciário e devem obedecer o direito civil em geral, em especial às leis urbanísticas, ao direito de vizinhança e ao direito à saúde (que engloba o direito ao sono e ao sossego dos vizinhos) (TERAOKA, 2010).

OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A objeção de consciência é a dispensa de determinada obrigação imposta por lei. Não se trata de instituto exclusivo do fenômeno religioso, sendo aplicável a todos os direitos fundamentais relacionados à liberdade de consciência (TERAOKA, 2010). A Constituição, artigo 5º, VIII, dispõe sobre a objeção de consciência referente à “crença religiosa ou convicção filosófica e política”.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

Vale lembrar que o indivíduo que alegar objeção de consciência para deixar de cumprir obrigação legal, deverá realizar prestação alternativa definida em lei (LENZA, 2014). Nesse caso, não será possível alegar novamente objeção de consciência para superar a prestação alternativa (TERAOKA, 2010). Em um Estado de Direito onde impera o princípio da legalidade, a objeção de consciência deve ser exceção, mesmo quando expressão da religiosidade (TERAOKA, 2010).

OUTRAS FORMAS DE EXPRESSÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Isonomia religiosa

A isonomia religiosa está protegida pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal (TERAOKA, 2010). “Todos hão de ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta” (DA SILVA, 2012, p. 226). A discriminação, a repressão e o preconceito por motivos religiosos não serão tolerados. “A sociedade tem de conviver e se harmonizar com as escolhas antagônicas sem que o radicalismo egoísta suplante a liberdade constitucionalmente assegurada.” (LENZA, 2014, p. 1088).

Direito à privacidade

O direito à privacidade está fundamentado na Constituição Federal, art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

No campo da liberdade religiosa, o direito à privacidade impede que o Estado questione os indivíduos sobre suas preferências religiosas. Essa proibição vincula empregadores e demais particulares com posição de ascensão sobre o indivíduo (TERAOKA, 2010). Juramentos religiosos também estão vedados. O indivíduo deve ter o direito de abster-se mesmo juramentos em geral, já que algumas crenças religiosas os proíbem.

O ordenamento jurídico admite duas exceções em que o Estado pode indagar sobre as convicções religiosas dos indivíduos: (1) obtenção de informações para fins estatísticos; e (2) no caso de objeção de consciência ou solicitação de tratamento diferenciado em razão de crença religiosa (TERAOKA, 2010).

Proselitismo religioso

A liberdade religiosa faculta o proselitismo religioso, que envolve a abordagem de integrantes de outras religiões para convertê-los (TAVARES, 2009). Trata-se do direito individual de divulgar uma crença religiosa. O dicionário Aurélio (FERREIRA, 2009, p. 1644) define proselitismo como “atividade diligente em fazer prosélitos”. Por sua vez, prosélito é definido como “indivíduo convertido a uma doutrina, ideia ou sistema“.

São atos de proselitismo religioso: “divulgar, propagar, convencer, tentar convencer, distribuir panfletos, pregar, ensinar e publicar livros, entre outras formas de instruir os seguidores da religião e/ou angariar novos adeptos.” (TERAOKA, 2010, p. 185-6).

Liberdade de expressão em matéria religiosa

As liberdades de crença e de culto estão intimamente relacionadas à liberdade de expressão, chamada de liberdade de expressão em matéria religiosa, que merece proteção mais ampla que a liberdade de expressão em geral por conta do conteúdo religioso, inacessível ao poder estatal (TERAOKA, 2010). Todavia, “isso não quer dizer que (...) seja absoluta, já que admite ponderação com outros princípios constitucionais” (TERAOKA, 2010, p. 65).

PREVISÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada após o fim da Segunda Guerra Mundial, diante de um mundo perplexo com as atrocidades nazistas e assombrado pelo temor das armas nucleares (BENEDETTI; TRINDADE; 2009). Em 1948, a ONU promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelecia a liberdade religiosa, mais precisamente o princípio da isonomia religiosa (TEREOKA, 2010), em seu artigo 18 nos seguintes termos:

> Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular (OLIVEIRA; ALVES, 2013, p. 89).

A Declaração Americana dos Direito e Deveres do Homem de 1948 “veda a distinção por motivos religiosos e prevê a liberdade de manifestação pública de opiniões religiosas” (TERAOKA, 2010, p. 129). Embora não seja tratado internacional, equipare-se a um costume internacional, tendo sua validade reconhecida internacionalmente.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pela ONU em 1966, também garantia a liberdade religiosa para todos os indivíduos (OLIVEIRA; ALVES, 2013). Consagrava a liberdade de culto, protegendo as manifestações públicas das religiões, tais como celebração de práticas, ritos e do ensino religioso (TERAOKA, 2010). Também reconhecia a possibilidade de restringir a liberdade religiosa, para garantir a segurança, ordem, saúde ou moral públicas, ou para proteger os direitos das demais pessoas (TERAOKA, 2010).

A Convenção Americana de Direitos de 1969, ou Pacto de San Jose da Costa Rica, também garantia a liberdade religiosa (OLIVEIRA; ALVES, 2013). Detalhava a liberdade de crença, protegia o proselitismo religioso, bem como facultava aos pais educar seus filhos segundo os valores de suas religiões (BENEDETTI; TRINDADE; 2009). Estabelecia também situações em que a liberdade religiosa podia ser restringida (BENEDETTI; TRINDADE; 2009) e protegia a liberdade de culto (TERAOKA, 2010), dispondo em seu artigo 12:

> A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas (BENEDETTI; TRINDADE; 2009 p. 14).

LIMITES À LIBERDADE RELIGIOSA

Ao contrário das Constituições brasileiras anteriores, que expressamente limitavam a liberdade religiosa pela ordem pública e pelos bons costumes, a Constituição de 1988 foi silente e não menciona qualquer limitação (TERAOKA, 2010). Entretanto, isso não significa que seja um direito absoluto.

Para Cunha Junior e Novelino (2015, p. 53), o direito a liberdade religiosa não é absoluto e asseveram que será legítimo restringir a liberdade religiosa para fomentar outro valor constitucional protegido, caso exista “razões mais fortes do que o princípio da liberdade religiosa”.

Como não há hierarquia entre os direitos fundamentais, todos eles devem coexistir, de modo que nenhum deles será absoluto (BENEDETTI; TRINDADE, 2009). Assim, não é possível simplesmente listar os direitos fundamentais mais e menos importantes que a liberdade religiosa (TERAOKA, 2010). Há necessidade de se realizar a ponderação de interesses constitucionais (princípios) colidentes, por meio da proporcionalidade e da razoabilidade. Mas não há regra geral e a ponderação terá que ser feita caso a caso (CUNHA JUNIOR; NOVELINO, 2015).

“Sendo os direitos fundamentais mandamentos de otimização, todos se relacionam, se implicam e se sobrepõem no ordenamento jurídico” (TERAOKA, 2010, p. 56). Diante de uma eventual colisão entre direitos fundamentais, “ponderando interesses, um deverá prevalecer em face do outro, se não for possível harmonizá-los” (LENZA, 2014, p. 1083). Somente com a ponderação de princípios opostos, realizada no caso concreto, poderá se afirmar qual direito fundamental prevalecerá, admitindo-se restrições à liberdade religiosa (TERAOKA, 2010).

“O limite à liberdade de crença situa-se no campo do respeito mútuo, não podendo prejudicar outros direitos” (BULOS, 2015, p. 578). Cultos realizados em locais públicos que possam prejudicar outros direitos (honra, silêncio, proteção ao meio ambiente) estarão sujeitos a restrições para salvaguardar a convivência pública (TERAOKA, 2010). Entretanto, o culto pessoal doméstico, realizado no quarto com as portas fechadas, não estará sujeito a quaisquer restrições, de modo que a liberdade religiosa reinará absoluta (TERAOKA, 2010).

Mesmo em um culto realizado em um templo religioso, apenas para os fieis que estão lá por escolha, nem tudo será legítimo. Não seria admissível que a religião defendesse o assassinato dos infiéis ou fizesse apologia ao crime e à violência. Também é questionável se condutas ilícitas

poderiam ser toleradas em nome da liberdade religiosa. Por exemplo, para Lenza (2014, p. 1083), “a liberdade de culto não pode justificar o consumo de droga ilícita”. Entretanto, Teraoka (2010) apresenta uma posição diferente e afirma que tal prática será admitida, cabendo ao poder público avaliar a sinceridade da crença religiosa.

O direito à liberdade religiosa envolve a crença em conceitos sobrenaturais. Então, a diferença está no âmbito da condenação. A sanção religiosa sofrida por conta de um comportamento condenável ocorrerá no plano espiritual, que só faz sentido para aquela fé, e será realizada por Deus. Mas, ao incentivar a violência física, assume-se que a condenação reverterá em uma sanção aplicável no plano terreno e que será conduzida pelos próprios fieis. Acontece que, no plano terreno, o monopólio do uso da força é do Estado.

Restrições ao discurso religioso são admissíveis em casos excepcionais, se incentivarem atos de violência. Entretanto, é natural que discursos religiosos gerem certa animosidade entre grupos com opiniões distintas, estando amparado pela liberdade religiosa (TERAOKA, 2010). “Incitar a violência ou o desrespeito extrapola os direitos de livre expressão e viola a laicidade do Estado e os direitos fundamentais das minorias religiosas.” (OLIVEIRA; ALVES, 2013, p. 91).

> A liberdade de expressão religiosa deve ser considerada de forma bastante ampla e quase irrestrita. O operador do Direito não deve esperar que pregadores, no momento de sua homilia e no interior dos templos, utilizem de boa educação ou considerem como possível a opinião teologicamente contrária. (...) O discurso religioso não é racional ou, no mínimo, é muito passional. Não podem os estudiosos do Direito Constitucional acreditar que a religião se utilizará de formas polidas e racionais de expressão. As pessoas são diferentes, com crenças diferentes. O pluralismo, consagrado na Constituição Federal, impõe que as pessoas devem suportar as ideias contrárias à sua convicção. A liberdade de expressão religiosa, como a liberdade de expressão geral, não tutela apenas o discurso agradável aos ouvidos (TERAOKA, 2010, p. 190).

Discursos de ódio são mais preocupantes quando atentam contra aspectos que compõem identidade do indivíduo como orientação sexual, raça ou religião (OLIVEIRA; ALVES, 2013).

ABUSO DE DIREITO

A Teoria do Abuso de Direito visa “impedir que os direitos subjetivos sejam exercidos de maneira abusiva, contrariando o seu fim econômico e social, a boa-fé, os bons costumes”, já que “direitos subjetivos não constituem um fim em si mesmos” (LUNARDI, 2008, p. 105 e 108).

Para enfrentar o abuso de direito, a Constituição, a partir dos princípios da tolerância e da não discriminação, impõe restrições legais ao exercício dos direitos subjetivos com o objetivo de conter ou limitar condutas que visem apenas ofender e humilhar determinados grupos sociais (OLIVEIRA; ALVES, 2013) ou prejudicar terceiros, além de coibir a emulação (LUNARDI, 2008).

O ordenamento jurídico brasileiro positivou a teoria do abuso de direito no artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). A partir da análise do dispositivo, caracterizam o abuso de direito: o exercício de um direito, pois só é possível abusar de algo que se tem (conduta lícita), desde que esse exercício ofenda sua finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes.

A boa-fé a que se refere o Código Civil é a boa-fé objetiva, relacionada com a conduta, e não a boa-fé subjetiva, relacionada com a intenção do agente (LUNARDI, 2008). Uma conduta baseada na boa-fé objetiva será pautada por valores como: “lealdade, probidade, eticidade, auxílio no cumprimento da obrigação, dever de informação e confiança” (LUNARDI, 2008, p. 115).

Inicialmente, é importante não confundir bons costumes com direito consuetudinário. Bons costumes referem-se às convicções morais de uma sociedade (LUNARDI, 2008). Teraoka (2010) considera temerário impor a restrição de um direito baseado nos bons costumes. Isso porque::

> Conceito de bons costumes pode ser modelado em virtude de uma moral religiosa individual do intérprete. Nesse caso, haverá uma significativa possibilidade de impor

doutrinas religiosas (travestidas de regras morais ou de bons costumes) sobre outras; em desrespeito à liberdade religiosa (TERAOKA, 2010, p. 91).

Assim como a liberdade religiosa, todo direito fundamental tem por finalidade a proteção do ser humano, considerado individual ou coletivamente, enquanto sujeito de direitos portador de dignidade própria (princípio da dignidade humana) (TERAOKA, 2010). Trata-se de uma proteção especial, advinda do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito a liberdade religiosa protege o ser humano de ser pressionado ou obrigado a aderir a determinada crença religiosa, a mudar de religião ou mesmo de ser proibido de seguir uma crença. Visa também assegurar o amplo debate entre as religiões, tolerar o proselitismo religioso (TERAOKA, 2010), além de tornar possível a liberdade religiosa em todas as suas vertentes: liberdades de consciência, crença, culto e organização religiosa.

Também convém salientar que, certamente, a finalidade do direito a liberdade religiosa não é conceder passe livre para a discriminação de outros grupos e minorias, religiosas ou não, ou para pregar um discurso de ódio. Então, em algumas situações, é possível caracterizar o abuso de direito, sendo a finalidade do direito, o critério mais relevante e objetivo para essa análise.

ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Há atualmente vários projetos de lei (PL) relacionados ao tema da liberdade religiosa em tramitação na Câmara dos Deputados. Um deles é o PL 6314/2005 (BRASIL, 2005) de autoria do deputado Hidekazu Takayama (PMDB/PR). Durante a tramitação desse PL, vários outros foram apresentados por diferentes deputados com a temática conexa e foram apensados a ele. Propostas semelhantes são apensadas ao projeto mais antigo, passando a tramitar em conjunto.

O PL 6314/2005 e os demais projetos apensados formam a seguinte árvore de apensados:

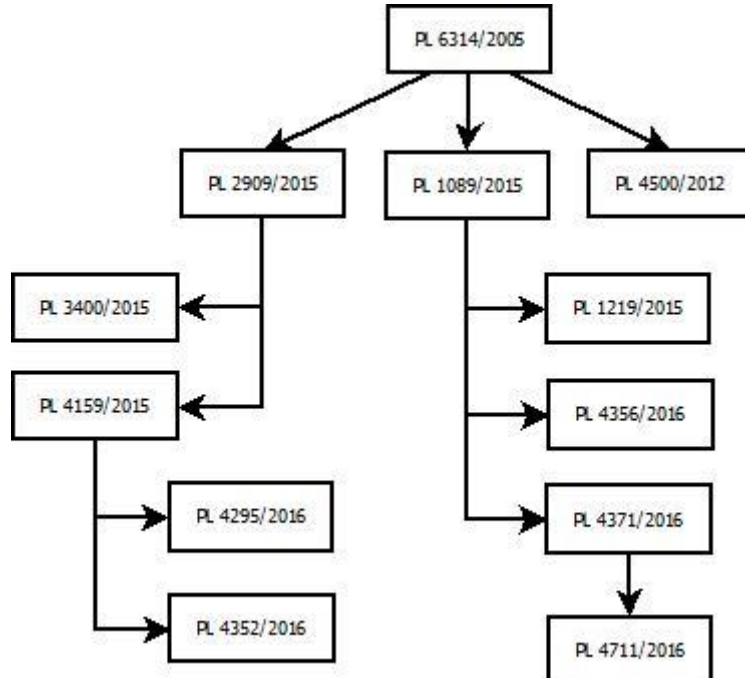



Figura 1 – PL 6314/2015 e projetos de lei apensados
Fonte: elaborado pelo autor

O objetivo da presente seção é analisar os projetos de lei listados acima, para avaliar se os mesmos apresentam de fato propostas em defesa ao direito a liberdade religiosa. Ou se visam apenas legitimar o exercício abusivo desse direito.

O PL 6314/2005 se propõe a incluir o inciso IV ao artigo 142 do Código Penal (BRASIL, 1940). O referido artigo traz um rol de causas de exclusão do crime de injúria e difamação. A ideia é que "a opinião de professor ou ministro religioso no exercício do magistério ou de seu ministério" não dê causa ao crime de injúria e difamação (BRASIL, 2005).

Segundo Teraoka (2010), a liberdade de expressão em matéria religiosa é mais ampla, já que é natural que discursos religiosos gerem animosidade entre grupos com opiniões distintas. Mas isso não significa que seja absoluta. É preocupante que o dispositivo do Código Penal dê um salvo conduto para que ministros religiosos digam o que quiser em nome da liberdade religiosa. É preciso tomar certas precauções contra discursos de ódio e/ou que incentivem a violência.

O PL 1089/2015 (BRASIL, 2015A), de autoria do deputado Josué Bengtson (PTB/PA), propõe criar uma lei que assegure o livre exercício da liberdade religiosa, de expressão e de consciência. O objetivo é permitir que líderes religiosos possam ensinar sua doutrina religiosa, a partir dos textos sagrados por ela adotados. Destaque para o artigo 3° da proposta que assevera: "A divulgação, na esfera pública ou privada, de ideias contrárias a um determinado comportamento social ou a uma crença professada por determinado grupo, religioso ou não, desde que feitas sem incitação à violência, não constitui ilícito civil nem penal" (BRASIL, 2015A).

A proposta está aderente aos limites da liberdade religiosa. Conforme salientado anteriormente, é natural que o discurso religioso gere desentendimento entre opiniões opostas. O importante é que prevaleça o respeito mútuo, como limite à liberdade religiosa. Segundo Da Silva (2012), a liberdade de culto é inviolável e deve proteger a prática pública da religião. Mas, especialmente, em cultos realizados em locais públicos, há de se tomar uma cautela extra, para que o direito a liberdade religiosa de uns não interfiram nos direitos dos outros, em especial a ordem, a paz, a tranquilidade e o sossego público (BULOS, 2015).

O PL 1219/2015 (BRASIL, 2015B), de autoria do deputado Leonardo Quintão (PMDB/MG), sem dúvida o mais polêmico de todos, propunha a criação do Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa. Esse projeto recebeu diversas críticas[96] e foi retirado pelo autor em novembro de 2015. Por conta disso, não será avaliado pelo presente trabalho.

O PL 2909/2015 (BRASIL, 2015C), criado a partir de sugestão da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas, propõe criar lei que proíba a intervenção estatal em organização religiosa, desde que tenha registrado seu estatuto no cartório de registro civil de pessoas jurídicas. A proposta é que serão "nulos de pleno direito os atos administrativos e as decisões judiciais na parte em que estabeleçam restrições, modificações ou intervenções na área administrativa, fiscal, financeira ou de gerência de entidade religiosa" (BRASIL, 2015C).

Já o PL 3400/2015 (BRASIL, 2015D), de autoria do deputado Missionário José Olímpio (PP/SP), se propõe a alterar o § 1º do artigo 44 do Código Civil (BRASIL, 2002), para que o poder público seja impedido de "interferir na realização de cultos ou cerimônias ou obstaculizar, de qualquer forma, o exercício da liberdade religiosa" (BRASIL, 2015D).

De certa forma, tanto o PL 2909/2015 quanto o PL 3400/2015 visam impedir a intervenção do Estado nas organizações religiosas, garantindo a separação entre Estado e Igreja. Trata-se de um pleito totalmente legítimo. Teraoka (2010) e Benedetti e Trindade (2009) salientam que a separação entre Igreja e Estado e a neutralidade estatal são pressupostos da liberdade religiosa.

Conforme o artigo 19, I da Constituição Federal, União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão impedidos de interferir em igrejas e cultos religiosos, sendo toleradas apenas alianças que visem o interesse público (BRASIL, 1988). Dessa forma, os projetos de lei citados acima são totalmente aderentes com o disposto no texto constitucional e na doutrina.

O PL 4159/2015 (BRASIL, 2015E), de autoria da deputada Laura Carneiro (PMDB/RJ), propõe criar lei que estabeleça "diretrizes básicas para a adoção de ações de combate à intolerância

---

[96] Exemplos dessas críticas podem ser encontrados em: http://www.revistaforum.com.br/2015/07/30/maria-do-rosario-defende-estado-laico-e-critica-fundamentalismo-religioso/ (Acesso em: 10 nov. 2016).
http://www.metodista.br/midiareligiaopolitica/index.php/2015/06/21/vem-ai-mais-um-projeto-religioso-conservador-na-camara-o-estatuto-da-liberdade-religiosa/ (Acesso em: 10 nov. 2016).

religiosa e a implementação de cultura de paz". O PL delineia ações de enfrentamento à intolerância religiosa e de implementação de cultura da paz. Convém destacar alguns pontos.

O artigo 3º, II do PL (BRASIL, 2015E) prevê a adoção de práticas diferenciadas pelas instituições públicas em razão da convicção religiosa do indivíduo. Essa previsão pode ameaçar a isonomia religiosa, que impede tratamento diferenciado devido à crença religiosa. Há exceções, como o tratamento aos sabatistas em provas de concursos e vestibulares, que a doutrina e a jurisprudência consideram como razoável, uma vez que não gera tantas dificuldades para o poder público. Entretanto, essa questão tem que ser analisada com cautela. Não é razoável que o poder público precise se adaptar às mais diversas especificidades de diferentes crenças religiosas.

Por sua vez, o artigo 4º, IV visa garantir o acesso "o acesso aos parques de conservação ambiental e o uso democrático de espaços públicos para as manifestações, cultos e práticas de crenças religiosas, respeitada a diversidade religiosa e a conservação do meio ambiente" (BRASIL, 2015E). Nessa questão, é importante observar as restrições aplicáveis à liberdade de culto, para cerimônias realizadas em locais públicos, conforme detalhado na seção 2.3.3.

Já no artigo 4º, II, propõe-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios "impulsionarão e divulgarão, com equanimidade, as manifestações culturais de cunho religioso, incentivando a parceria e a cooperação de interesse público entre as entidades de caráter religioso, a sociedade civil e o poder público" (BRASIL, 2015E). Vale lembrar que a Constituição Federal (art. 19, I) só admite parcerias do poder público com organizações religiosas em caso de interesse público (BRASIL, 1988). É preciso definir com clareza e justificar o interesse público para que não se rompa com a separação entre Igreja e Estado e o princípio da neutralidade.

O PL 4295/2016 (BRASIL, 2016A), de autoria da deputada Erika Kokay (PT/DF), se propõe a alterar a Lei nº 11.635/2007, que instituiu o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa (BRASIL, 2007). O objetivo é adicionar um artigo à referida lei para que a comemoração do Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa passe a contemplar "ações voltadas para as religiões de matriz africana" (BRASIL, 2016A).

Religiões de matriz africana têm sofrido ataques no "âmbito das práticas rituais das igrejas neopentecostais e de seus meios de divulgação e proselitismo" (OLIVEIRA; ALVES, 2013, p. 86). Os casos de intolerância têm se avolumado e ganhado visibilidade pública. A principal causa da intolerância é o desconhecimento. Muitas religiões associam os deuses de outras denominações religiosas ao demônio, especialmente Orixás, Caboclos e Guias das religiões afro-brasileiras.

Dessa forma, não seria um excesso que a lei concedesse uma proteção extra a essas religiões. É importante que no Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa seja reservado um espaço para ações de conscientização contra a intolerância que essas religiões de origem africana vêm enfrentando. Além de estarem presentes nas raízes históricas e culturais brasileiras, essas religiões são umas das mais que mais sofrem com a intolerância religiosa. Pode ser encarada como uma espécie de ação afirmativa.

O PL 4352/2016, de autoria do deputado Átila Nunes (PSL/RJ), propõe a criação de lei que veda "qualquer restrição à utilização de trajes religiosos para a realização de provas em concursos e processos seletivos de cargos públicos, bem como para frequência e avaliações na rede pública e privada de ensino" (BRASIL, 2016B). A lei se aplica a trajes que integrem "comprovadamente os dogmas da religião do candidato de forma contínua, irrestrita e definitiva, sendo sua utilização um preceito religioso que não comporte exceções e do qual o candidato ou aluno não possa se desvencilhar" (BRASIL, 2016B). Mas não se aplicaria a "Instituições de Ensino que adotem uniforme padronizado para o seu corpo discente" (BRASIL, 2016B).

O dispositivo também manifesta preocupação com a garantia da segurança dos concursos e prevê necessidade de revista em alguns casos. A utilização de trajes típicos de determinada crença religiosa, desde que não prejudique o bom andamento das atividades não geraria qualquer problema e dizem respeito única e exclusivamente ao indivíduo. As exceções previstas no projeto de lei são bastante satisfatórias e razoáveis. Não se deve perder de vista a proibição de trajes típicos islâmicos como a burca, por exemplo, devido suposto desrespeito aos direitos humanos de mulheres que são obrigadas a utilizar esses trajes.

O artigo 7º do PL 4159/2015 (BRASIL, 2015E) também trata da utilização de trajes e símbolos religiosos pessoais em espaços públicos e faz ressalvas importantes. Desde que não prejudiquem a identificação do indivíduo e não promovam qualquer tipo de constrangimento aos demais, a utilização será permitida. Trata-se de complementação oportuna para o PL 4352/2016.

O PL 4500/2012 (BRASIL, 2012), de autoria do deputado Victório Galli (PMDB/MT), se propõe a incluir o inciso IV ao artigo 142 do Código Penal (BRASIL, 1940), já mencionado acima. A ideia é que "a manifestação de crença religiosa, em qualquer modalidade, acerca da sexualidade" não dê causa ao crime de injúria e difamação (BRASIL, 2015). Sobre essa questão, vale a pena analisar os argumentos de Teraoka (2010):

> A legislação não poderá impedir a divulgação ou propagação de ideias religiosas. Os líderes religiosos, suas homilias e livros poderão continuar a desestimular a prática homossexual. Porém, já não podem e não poderão humilhar ou estimular atos violentos ou repulsa aos homossexuais. (...) A total criminalização de opinião desfavorável ao homossexualismo impediria a publicação de muitos livros sagrados, assim considerados pelas religiões. Na própria Bíblia, no Novo e no Antigo Testamento (este também aplicável aos judeus), há trechos que consideram pecado o homossexualismo. No Alcorão, livro sagrado dos muçulmanos, também há prescrição semelhante. Da mesma forma, pregações ou comentários baseados em tais livros não podem ser considerados ilícito penal ou civil (TERAOKA, 2010, p. 194).

Dessa forma, percebe-se que é lícito aos integrantes de determinada religião criticar o comportamento homossexual, a partir de argumentos religiosos. Entretanto, há limites. Não se pode tolerar incitação à violência física, proposição de sanções que alcancem além do mundo sobrenatural, humilhação e repulsa. Há nesse caso uma situação potencialmente conflituosa, já que opção sexual e religião são ambas definidoras da identidade do indivíduo. A alteração proposta será lícita, desde que se atente a esses limites.

O PL 4356/2016, de autoria do deputado Átila Nunes (PSL/RJ), propõe criar o Estatuto da Liberdade Religiosa, com o objetivo de "combater toda e qualquer forma de discriminação religiosa e desigualdades motivadas em função de credo religioso que possa atingir, coletiva ou individualmente, os membros da sociedade civil em todo o território nacional" (BRASIL, 2016C).

Não há no Brasil, como em outros países tais como Espanha, México e Argentina, uma lei orgânica da liberdade religiosa (TERAOKA, 2010). Por isso, eventuais conflitos devem ser decididos com a ponderação dos direitos colidentes a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou a partir do estudo da doutrina e da jurisprudência, aplicáveis ao caso.

Teraoka (2010) é favorável a uma regulamentação legislativa do direito a liberdade religiosa. O autor também considera natural a presença de argumentos religiosos em debates públicos: "Uma sociedade plural importa reconhecer que todos os argumentos devem ser levados em consideração no debate público, ainda que de origem religiosa" (TERAOKA, 2010, p. 227). Aparentemente, essa é a intenção do deputado Átila Nunes com o PL 4356/2016.

O projeto de lei densifica o direito a liberdade religiosa, esmiuçando conceitos não previstos expressamente na Constituição, bem como propõe a positivação de alguns conceitos doutrinários. Isso pode facilitar o entendimento sobre a questão e facilitar a interpretação desse direito fundamental pelo aplicador do direito. Por outro lado, as responsabilidades pelas ações propostas no PL são atribuídas genericamente ao poder público, o que pode dificultar a implementação e o acompanhamento das propostas.

O PL menciona o termo liberdade de pensamento que não é utilizado pela Constituição e nem pela doutrina majoritária. Trata-se de um temo mais comum nas fontes de direito internacional, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948. Bulos (20155) utiliza a expressão liberdade de pensamento, definindo-a como gênero da qual a liberdade de consciência é espécie. Uma padronização de termos facilitaria o entendimento. Seria suficiente mencionar liberdade de consciência, sem a necessidade do termo liberdade de pensamento.

Também é interessante destacar a relação proposta no artigo 4º do PL entre o direito de liberdade religiosa e outros direitos, tais como: saúde, educação, trabalho, cultura, esporte, lazer e participação na comunidade. Relevante também analisar o proposto no artigo 6º do PL:

> Art. 6º O Poder Público, compreendido em todos os seus poderes, órgãos e funções, é laico e não pode exercer ou demonstrar preferência ou afinidade por qualquer religião, sendo vedado ao Poder Público toda forma de institucionalização, financiamento, associação ou agregação de cultos, ritos, liturgias ou crenças religiosas, salvo em cerimônias festivas e solenes ou em homenagens comemorativas, ressalvada, em todo caso, a liberdade de manifestação da religião de cada servidor em caráter individual e pessoal, ainda que em serviço (BRASIL, 2016C).

A proposta é que será "vedado ao Poder Público toda forma de institucionalização, financiamento, associação ou agregação de cultos, ritos, liturgias ou crenças religiosas", exceto "em cerimônias festivas e solenes ou em homenagens comemorativas" (BRASIL, 2016C). A Constituição, art. 19, I só faculta a aliança do poder público com organizações religiosas em caso de interesse público (BRASIL, 1988). Ficou a dúvida se o autor da proposta errou ao não mencionar o interesse público como exceção, ou se o artigo acima reproduzido densifica o que quer dizer interesse público. De toda forma, esse ponto do projeto precisa ser melhor esclarecido.

O PL também propõe em seu artigo 8º a instituição da Conferência Nacional de Promoção da Liberdade Religiosa. Entretanto, a relevância dessa iniciativa não fica muito clara. Outro ponto a destacar é a proposta de realizar ações de conscientização contra a intolerância religiosa nas escolas públicas, privadas e nas universidades. Trata-se de boa iniciativa prevista no artigo 9º.

O autor do projeto também se mostrou preocupado com peças publicitárias, comerciais e anúncios elaborados por agências de publicidade e produtores independentes contratados pelo poder público. Segundo proposto no artigo 12 do PL, caberia ao poder público garantir que os mesmos não abordem a segregação ou qualquer forma de discriminação religiosa.

O PL 4371/2016, de autoria da deputada Erika Kokay (PT/DF), propõe incluir artigo ao Código Civil (BRASIL, 2002), para "atribuir responsabilidade civil solidária entre organizações religiosas e fiéis por atos de intolerância religiosa por estes praticados (...) quando hajam sido induzidos ou instigados por seus representantes ou ministros a fazê-lo" (BRASIL, 2016D).

Por sua vez, o PL 4711/2016, de autoria do deputado Flavio Augusto da Silva (PSB/SP), também propõe a inclusão de artigo ao Código Civil (BRASIL, 2002), para que as organizações religiosas não sejam responsabilizadas "pelos atos de quem alegue motivo de fé ou religião para a prática de ato ilícito" (BRASIL, 2016E).

Dessa forma, observa-se que os PLs 4371/2016 e 4711/2016 tratam do mesmo tema: a responsabilização das organizações religiosas por de atos de intolerância religiosa praticados por fiéis. O PL 4371/2016 parece mais razoável. A doutrina é unânime ao afirmar que atos de intolerância, discurso de ódio e atos de violência não podem ser justificados com base na liberdade religiosa. Assim, se os líderes incentivam tais práticas, é justo que se responsabilizem.

CONCLUSÃO

"A liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra neutralidade estatal" (TERAOKA, 2010, p. 259). Conforme se verificou no desenvolvimento do presente trabalho, percebeu-se que a liberdade religiosa está relacionada com outros direitos fundamentais, entre eles o da liberdade de manifestação do pensamento, da dignidade da pessoa humana e o pluralismo (TERAOKA, 2010). Um dos requisitos fundamentais para a concretização de uma autêntica liberdade religiosa é a separação entre Igreja e Estado.

Impor limites ou restrições à liberdade religiosa é possível. Essa limitação será importante quando o direito a liberdade religiosa entrar em conflito com outros direitos resguardados pela constituição. Nesse caso, como não há hierarquia entre os direitos fundamentais, será necessário avaliar no caso concreto qual deles deve permanecer por meio da ponderação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (OLIVEIRA; ALVES, 2013.

A evolução histórica da sociedade vem mostrando a importância da proteção da liberdade religiosa e de suas vertentes (BENEDETTI; TRINDADE, 2009) e tem se revelando um sustentáculo do Estado Democrático de Direito (MORAIS. 2011), protegendo especialmente os grupos minoritários. "A liberdade religiosa um corolário da liberdade de consciência, tutelando juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo sua rejeição, o que se harmoniza com a dignidade humana do sujeito" (MORAIS, 2011, p. 241).

Conforme abordado durante o desenvolvimento do presente trabalho, o objetivo da Teoria do Abuso de Direito é que direitos subjetivos, entre eles o direito a liberdade religiosa, não sejam exercidos em desconformidade com sua finalidade econômica ou social, ou de maneira que atente à boa-fé objetiva e aos bons costumes (LUNARDI, 2008). Essa teoria encontra-se positivada no artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A ideia de elaborar uma lei orgânica da liberdade religiosa, como é o caso do Estatuto da Liberdade Religiosa proposto pelo PL 4356/2016 do deputado Átila Nunes (BRASIL, 2016C), não é ruim. Tanto que existem legislações similares em outros países democráticos onde vigora o Estado laico, como é o caso de Espanha, México e Argentina (TERAOKA, 2010).

A preocupação maior com as religiões de matriz africana também é bastante legítima. Isso porque essas religiões têm sofrido ataques por parte de grupos religiosos mais radicais, por conta do desconhecimento de sua verdadeira natureza (OLIVEIRA; ALVES, 2013) e merecem uma proteção especial por parte do poder público. O mesmo acontece com ateus e agnósticos.

Contrariando Davis (1969), é importante encontrar um lado positivo para a religião, construindo uma sociedade livre, plural e onde impere o respeito mútuo que, segundo Bulos (2015) é fundamental para assegurar a liberdade religiosa.

Grande parte dos projetos de lei analisados parecem ser bem intencionados. Entretanto, alguns abrem brechas perigosas que podem possibilitar o abuso direito. Certamente, a liberdade de expressão em matéria religiosa é fundamental e deve ser garantida. Todavia, há de estabelecer limites. Não se podem tolerar opiniões que preguem o discurso de ódio e incentivem a violência. As condenações e críticas impostas por organizações religiosas devem ser ater ao mundo sobrenatural e não podem reverberar no mundo físico, onde o poder de coerção é exclusividade do Estado, que deve permanecer laico.

Conforme salienta Teraoka (2010), certo nível de animosidade entre grupos com opiniões distintas é natural. Desde que se construa um debate civilizado e pautado pela tolerância e respeito mútuo. A finalidade de todo direito fundamental é a proteção do ser humano, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. No caso da liberdade religiosa, o objetivo é impedir que o indivíduo seja obrigado a seguir determinada religião, a mudar de religião, ou que seja impedido de seguir a religião que deseja, ou mesmo de não ter religião. Também visa garantir a isonomia religiosa por meio da neutralidade estatal e da separação entre Igreja e Estado.

Há boas propostas nos PLs analisados e que devem ser debatidas com a sociedade para construir uma legislação que fato proteja a liberdade religiosa, mantendo o Estado laico conforme a previsão constitucional, mas sem permitir excessos ou propagar preconceitos e discursos de ódio. O tema tem sido tratado de maneira superficial pelos deputados, atribuindo-se responsabilidades genéricas para o poder público, bem como propondo medidas de relevância discutível. Isso precisa ser revisto. O discurso antirreligioso também não deve ser tolerado, pois, Estado laico não significa Estado ateu.

A liberdade religiosa é tida como um fato pela maioria da população. Nesse sentido, o mito do homem cordial apresentado pelo historiado Sérgio Buarque de Holanda ainda na década de 1930 continua presente. O brasileiro se vê como cordial, generoso, sem preconceitos de raça, sexo ou religião. Entretanto, a intolerância religiosa nunca esteve tão presente. Para garantir de verdade um direito, é preciso lutar por ele.

Para trabalhos futuros, sugere-se: estudo de direito comparado horizontal envolvendo as leis orgânicas de liberdade religiosa, investigar projetos de lei sobre liberdade religiosa em tramitação no Senado, realizar análise qualitativa mais aprofundada sobre o conteúdo dos projetos de lei, prevendo, inclusive, realizar audiências e entrevistas com seus autores e estudo comparado vertical

sobre o tratamento dado ao tema da liberdade religiosa pelas constituições brasileiras anteriores à constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Andréa Regina de Morais; TRINDADE, Fernanda. Liberdade de culto: aspectos gerais e evolução histórica. In: SEMINÁRIO DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS DE CASCAVEL, 8.. 2009, Cascavel – PR. **Anais**... Cascavel: UNIOESTE, 2009. Disponível em: <http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/VIIISeminario/PESQUISA/DIREITO/ARTIGO_28.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado**, 1988

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6314/2005. Acrescenta inciso ao art. 142 da Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308517>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original.

BRASIL. LEI Nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007. Institui o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11635.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4500/2012. Acresce inciso IV ao art. 142 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 e garante a liberdade de expressão religiosa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556579> Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1089/2015. Assegura o livre exercício da liberdade religiosa, de expressão e de consciência. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1199299>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2015A)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1219/2015. Institui o Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214968>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2015B)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2909/2015. Dispõe sobre a liberdade religiosa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1712611>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2015C)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3400/2015. Altera o § 1º do art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil -, para vedar a interferência do poder público na realização de cultos ou cerimônias religiosas. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2024548>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2015D)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4159/2015. Estabelece diretrizes básicas para as ações de enfrentamento de intolerância religiosa e a implementação de cultura de paz e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075815>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2015E)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4295/2016. Acrescenta artigo à Lei nº 11.635, de 2007, para detalhar ações voltadas para as religiões de matriz africana, na comemoração do Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076737>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2016A)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4352/2016. Veda qualquer restrição à utilização de trajes religiosos para a realização de provas em concursos e processos seletivos de cargos públicos, bem como para frequência e avaliações na rede pública e privada de ensino. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076939>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2016B)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4356/2016. Cria o Estatuto da Liberdade Religiosa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=36CF1B41A1ECAE3C06C368AE29C971C9.proposicoesWeb1?idProposicao=2076943&ord=0>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2016C)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4371/2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil de organizações religiosas por atos de intolerância religiosa praticados por fiéis. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077156>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2016D)**.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4711/2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil de organizações religiosas por atos de intolerância religiosa praticados por quem alegue motivo de fé ou religião. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079342>. Acesso em: 27 jun. 2016. Texto Original. **(BRASIL, 2016E)**.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. Salvador: Editora Juspodvium, 2015.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DAVIS, Angela Yvonne. **Palestra inicial para o curso Os Temas Filosóficos Recorrentes na Literatura Negra na UCLA** [outono de 1969]. Disponível em: < http://kilombagem.org/palestras-sobre-libertacao-lectures-on-liberation/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Editora Positivo, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no Direito Civil Constitucional: novos paradigmas para os contratos. **Revista de Direito Privado (RDPriv)**, Brasília, v. 9, n. 34, p. 105-136, abr./jun. 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: O Princípio da Liberdade Religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, São Paulo, n. 18, p. 225-242, jul. / dez. 2011.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos; ALVES, Robson Cosme de Jesus. Liberdade Religiosa Versus Liberdade de Expressão: Violações aos Direitos Humanos dos Religiosos de Matriz Africana nos Meios de Comunicação de Massa No Brasil. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 1, n.1 ,p. 85-94, fev. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr. 2009. Disponível em: <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>. Acesso em: 25 jun. 2016.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. 2010. 282f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TECNOPOLÍTICA E EMPODERAMENTO VIRTUAL: INSPIRAÇÕES PARA POLÍTICAS PÚBLICAS NO SÉCULO XXI

TECNOPOLITCS AND VIRTUAL ENPOWERMENT: INSPIRATIONS FOR PUBLIC POLICIES IN XXIth CENTURY[97]

Leandro Belloc Nunes[98]

Resumo

Este estudo aborda a formação das políticas públicas a partir da dialética axiológica percebida nos fenômenos relacionados à tecnopolítica enquanto decorrência das relações sociais contemporâneas de comunicação em rede. Sob a ótica de análise da ciência política, as novas dimensões de direitos fundamentais representadas pelo exercício da cidadania no ciberespaço são descritas paralelamente como ações cidadãs de empoderamento popular e fortalecimento das instituições democráticas. Trata-se de uma abordagem acadêmico-científica de caráter interdisciplinar, explorando-se conceitos abrangidos em áreas correlatas, como direitos humanos, antropologia e comunicação social, mediante a observação da dinâmica disforme dos novos fluxos de poder, típica da tecnopolítica interativa. Com a identificação de aspectos gerais e específicos que resultam no conceito de inteligência coletiva, explica-se tal empoderamento heterodoxo (mas cada dia mais comum e estudado) devido aos fenômenos da pós-modernidade, notadamente ligados a novas mídias sociais, movidas por colaboração e compartilhamento, o que vem a exercer influência na formação da opinião pública, em alcance e intensidade ampliados. Com intuito de contribuir-se para o mapeamento referencial da área, enfoca-se a origem e os usos da retórica democrática enquanto marco evolucional epistêmico, identificando-se as dinâmicas de seu instumentalismo atual e consequências situacionais observadas para, conclusivamente, situá-la no campo jus-filosófico e sociopolítico, como expressão social auxiliar para o controle e aprimoramento de políticas públicas. Com efeito, vislumbram-se perspectivas derivadas da evolução da área e possibilidades não exaustivas da inovação do emprego da tecnopolítica para o progresso da cidadania.
Palavras-chave: Tecnopolítica, cidadania, empoderamento popular, políticas públicas.

Abstract

This paper points the formation of public policies from the axiological dialectic perceived in the phenomena related to technopolitics as a result of contemporary social relations of web communication. By an analysis view derived from the political science, the new fundamental rights dimensions represented by the exercise of citizenship in cyberspace are described as parallel citizen actions of popular empowerment and strengthening of democratic institutions. It is an interdisciplinary academic-scientific approach, exploring concepts linked to related areas such as human rights, anthropology and media, by observing the unshapely dynamics of new power flows, typical of the interactive technopolitical. With the identification of general and specific aspects that result in the concept of collective intelligence, explained such unorthodox empowerment (increasingly common) due to phenomena of postmodernity, notably linked to new social media, driven by collaboration and sharing, for influence in shaping public opinion in scope and intensity in a broad way. Contributing to the reference mapping of the area, focuses on the origin and uses of democratic rhetoric while evolutionary epistemic mark, identifying the dynamics of its current instumentalism and situational consequences observed to conclusively locate it in jus-philosophical and socio-political field, as the social expression aid for the control and improvement of public policies. Indeed, there are perspectives derived from the evolution of the area and not exhaustive possibilities on the use of technopolitical innovation for the advancement of citizenship.

---

[97]Desenvolvido na disciplina Controle Judicial de Políticas Públicas (2015), ministrada pelo professor Rennan Faria Kruger Thamay, no Mestrado em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).
[98]Mestrando em Direito na FADISP. Especialista em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Mato Grossso (UFMT).

Keywords: technopolitics, citizenship, popular empowerment, public policies.

1. Introdução

O presente artigo propõe a reflexão dos fenômenos contemporâneos de cidadania participativa decorrentes da opinião pública baseada em rede, enquanto inspiração para criação e legitimação na área de controle de políticas públicas (policy/policies). Ou seja, traz-se à baila a discussão sobre o empoderamento popular na política (politics) na atualidade, possibilitado através de dinâmicas sociais hipermidiatizadas e avanços tecnológicos correlatos, que integram o estudo da tecnopolítica[99], retratada em crescentes relatos na pesquisa antropológica.

Inicialmente, remonta-se ao estudo epistemológico que dá origem à construção democrática derivada das liberdades civis fundamentais, culminando nas atuais formas orgânicas de comunicação online e a formação de consenso coletivamente replicada. Em suma, a contextualização na ciência política sobre o atual estágio e implicações dos princípios jusfilosóficos que dão condições para um novo espectro ou dimensão na abordagem de direitos fundamentais, entendido aqui como espaço revisitado, pois bebe da mesma fonte da formação democrática. Todavia, com instrumentos técnicos sobrepujam-se revigorados para o atingimento de sua função finalística, qual seja a expressão da vontade popular.

---

[99] "O desenvolvimento das melhores ferramentas que constituam o conjunto da tecnologia social e que são operadas pelos tecnólogos sociais, pelos tecnólogos da política, pelos tecnopolíticos. Dessa forma, uma decisão política não será apenas guiada por valores, questões éticas e de plataforma política, mas principalmente pelos índices de eficácia social que a tecnologia da política tenha mensurado, medido e previsto. Enfim, a tecnopolítica se funda em todo um cabedal de conhecimentos e dispositivos técnicos que criam fórmulas e axiomas para que as ações da gestão social possam ser mais eficazes. Então a tecnopolítica vê a sua participação política mais pela função técnica, do que pela função política, mais em contribuições pela via do saber e tecnológica, do que na participação e na militância orgânica do cotidiano do estrato partidário". HUR, Domenico Uhng, Tecnopolítica: da guerrilha armada à gestão da vida. Polis e Psique, v. 3, n.1, 2013.

Em seguida, são reunidas considerações centrais e estratégicas sobre a problemática, sob o ponto de vista do estudo de políticas públicas voltadas à área. Tem-se a identificação dos cenários pelos quais a administração pública é impactada pela ação das forças de atores diversos, o que é catalisado pelas mídias sociais e seus fluxos disformes de influência. Nesse sentido, ressalta-se a caracterização das narrativas advindas do paradigma da tecnopolítica, marcado pela descentralização e pulverização do poder[100], dada sua metafísica interativa e busca intrínseca e orgânica para o aprofundamento da participação popular.

Por fim, pretende-se fornecer subsídios para a atuação do Estado frente às novas dinâmicas sociais para efetivação de medidas estruturantes, melhoria das condições vigentes e planejamento de ações estruturantes potenciais, no campo das políticas públicas. Neste aspecto, não exaustivamente, mas de forma propositiva como linha estratégica situacional[101], frente os rumos da cidadania. No Brasil e no mundo, vide construção permanente axiológica na construção de direitos universais, contemplados na retórica da tecnopolítica.

Trata-se da análise de aspectos sociológicos de natureza complexa, constituída de interdisciplinariedade ao contextualizar-se os impactos das novas dinâmicas comunicacionais de cunho multimidiático que interagem e exigem devir estatal, ativa a ser monitorada, avaliada e estudada. O que denota necessidade de desenvolvimento e aprofundamento constante da doutrina metodológica nessa área de atuação do Estado, primordialmente. Ainda que alguns aspectos sejam tratados isoladamente, seja quanto a questões tecnológico-comunicacionais ou por meio de necessidade de aprimoramento dos controles sociais de políticas públicas, pretende-

---

[100] "With the advent of the internet, the geometries of the flows of information have acquired a qualitative alteration, adopting the form of ecosystemic informative architectures, coproduced by its users, allowing thus for the diffusion and increment of studies regarding the socially emancipating role of media". DI FELICE, Massimo. Being network the digital formism of net-activist moviments. Matrizes, ECA/USP, v. 7 n. 2, 2013. p. 04.

[101] "Planejamento Estratégico Situacional (PES) é uma metodologia criada pelo economista chileno Carlos Matus. O PES é um método e uma teoria do planejamento estratégico público, considerado pelo autor o mais novo dos ramos do planejamento estratégico. Foi concebido para servir aos dirigentes políticos, tanto no governo como na oposição. Seu tema central são os problemas públicos, sendo também aplicável a qualquer órgão cujo centro de jogo não seja exclusivamente o mercado, mas o jogo político, econômico e social". Em BIRCHAL, Fabiano Fernandes Serrano, Planejamento estratégico situacional aplicado à segurança pública em Lavras. Revista de Administração Pública, v. 46, n.2, Rio de Janeiro, 2012.

se imprimir, na essência, a visão sistemática de trans-interdisciplinaridade do campo de estudo. Dessa forma, traduz-se a importância do enfoque, quanto à possibilidade de leituras políticas de nossa época e a caracterização do empoderamento social na formação da opinião pública, que vem a somar-se ao aprimoramento da percepção dos anseios democráticos na gestão estatal, para maior inovação e efetividade em seus fins[102].

`

2. Da evolução axiológica dos direitos fundamentais para o aprofundamento da cidadania

Ao longo dos tempos, o desenvolvimento humano submeteu-se aos ventos das forças dominantes, interesses políticos e tendências sociais. Em meio a esses cenários históricos, tomaram espaço políticas públicas sociais em maior ou menor escala, que se revelaram modestas ou progressistas, em maior ou menor grau, a depender do enfoque da abordagem política dominante. Atualmente, têm-se a influência do paradigma do Estado democrático de direito, conforme regime político civil e, tendo em vista a expansão global pós-ONU da consolidação dos direitos humanos no plano do direito internacional público nesse sentido.

Sob o ponto de vista político-social, pode-se dizer que correntes do pensamento da história da humanidade alternaram-se no poder e submeteram sua hegemonia perante povos e territórios. Da barbárie ao poder dos feudos e monarquias. Da revolução renascentista à revolução tecnológica. Adentra-se ao pós-modernismo, enfim. A era de informação, do poder midiático e de leis dinâmicas de um mercado globalizado. No rumo da iminente necessidade do desenvolvimento sustentável como caminho para o futuro. Reside aí a construção de direitos fundamentais, os quais permanecem enquanto categoria a evoluir permanentemente. Na esteira da ciência política e no aprimoramento da democracia.

A consolidação global dos direitos do homem traz também a construção axiológica dos direitos humanos e sua legitimação democrática. Sob abordagem positivista ou

[102] Constituição Federal, Art. 1o.: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

da interpretação jusnaturalista frente ao progresso dos paradigmas do Estado de direito, reconhece-se o objeto das políticas públicas como o enfoque de atuação a ser dado ao governo. O que, atualmente, direciona o esforço humanitário de resgate aos direitos fundamentais e sua efetividade[103], pela otimização do funcionamento da máquina estatal.

Conforme corrobora a evolução dos direitos fundamentais, apontada por Ramos (2014):

> "A predominância positivista nacionalista dos direitos humanos do século XIX e início do século XX ficou desmoralizada após a barbárie nazista no seio da Europa (1933-1945), berço das revoluções inglesa e francesa. O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou uma positivação internacionalista, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais. Essa positivação internacionalista foi identificada por BOBBIO, que, em passagem memorável, detectou que 'os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais" Até a consolidação da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, com a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os direitos dependiam da positivação e proteção do Estado Nacional'". (BOBBIO, 2004, p. 30 apud RAMOS, 2014, p. 61)

As abordagens teóricas acerca das políticas sociais englobam tensões filosóficas, de ordem política, quanto à definição da agenda de sua implementação. Portanto, a importância da identificação conceitual do tema, extrapola a mera execução instrumental das ações e permite a melhor compreensão das ações, considerando-se os momento de seu emprego[104]. Ademais, a implementação de políticas públicas, no

---

[103] "Não é qualquer mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo , do quem nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão." Em GADIA, Giovana. Administração pública, ativismo judicial e direito fundamental à saúde: Considerações gerais. Cidadania, desenvolvimento e globalização. Curitiba, Clássica. 2013, p. 374.

[104] Segundo uma visão em parte geral, em parte própria de seu grupo social, o pensador estava, na verdade, legitimando uma hierarquia de seu tempo, segundo a qual as técnicas manuais (poiesis, sobretudo) eram inferiores às técnicas políticas (práxis, sobretudo), tanto uma quanto a outra inferiores, na ótica dos intelectuais, aos exercícios filosóficos e à atividade epistêmica. Os gregos empregavam o termo episteme (ciência) para designar o conhecimento merecedor de certeza, o campo do cosmos

contexto histórico do capitalismo não obtém dedutível reflexão, dada a problemática eminentemente social a qual se refere em seu objeto de estudo. Sob o ponto de vista político-organizacional, tem-se claro que o equilíbrio das forças do Estado influencia[105] na prática das políticas públicas, primordialmente quanto à constituição dos poderes, bem como o exercício das ações governamentais. Chega-se ao ápice do paradigma democrático, com o poder exercido do povo, para o povo[106].

Assim, a ciência política aborda desde a concepção da República de Platão, através da organização política da sociedade, passando pela sistematização[107] tripartite dos poderes de Montesquieu e Locke. Em o Espírito das Leis, Montesquieu sedimenta o paradigma do desmembramento do Estado, com garantismo legal e jurisdicionalidade, além dos atos do executivo. O que ficou conhecido como doutrina dos freios e contrapesos[108]. Ilustrativamente, na polis grega, enquanto gênese no demos, quando dá lugar à ágora ou o dilema grego, segundo Penna (2011, p. 44), os filósofos da antiguidade clássica, como Aristóteles e Platão, preferiram os sábios[109] ao povo, no

---

porque esse era passível de perfeição. O termo doxa (opinião) designava o conhecimento que, passível de aperfeiçoamento, permitia alguma forma de desenvolvimento da excelência humana.

[105] "Nem sempre com abordagem uniforme, o historiador Políbio (séc. II a.C) enumera a monarquia, a aristocracia e a democracia como formas "boas de governo", esclarecendo que estas sucediam às correspondentes formas degeneradas: a monarquia era sucedida pela tirania, a aristocracia pela oligarquia, a democracia pela oclocracia, para enfim se reiniciar o ciclo com novo período monárquico e assim por diante." (PENNA, 2011, p. 45)

[106] "O texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. [...] superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir." (SILVA, 2006, p. 119)

[107] "O regime representativo possui sua origem com os revolucionários franceses de 1789 que, diante da impossibilidade de estabelecimento de uma democracia direta, substituíram o até então indiscutível 'direito divino' da monarquia absoluta dos reis pela soberania popular." (PENNA, 2011, p.225)

[108] "Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais." (CARVALHO, 2014, p.17)

[109] "A episteme e a doxa (ciência e opinião) eram ambas passíveis de técnica (arte), mas de modos distintos, segundo uma hierarquia que foi elaborada teoricamente pela primeira vez por Platão e

governo. Conforme assinala, a seguir, sobre o advento de tais questões, que tratam a técnica para a política:

> "Também na Grécia, provavelmente pelos atenienses, conforme afirma Dahl (2000), foi concebido o termo democracia, ou demokratia, da palavra grega demos (povo) e kratos (regra, força, poder, autoridade). [...] Ele também aparecia na península italiana na cidade de Roma. No entanto, os romanos resolveram chamar seu sistema de "república", que significa coisa (res) pública (publicae), representando, assim, algo que pertencia ao povo. Contudo, a participação no governo da república romana era de início, restrita aos patriarcas ou aristocratas. Porém, após muita luta dos chamados plebeus, o povo comum também ganhou direito de participação." (p.44)

Portanto, a evolução política se dá desde a antiguidade grega, na qual o "animal social" de Aristóteles, o Zoon Politikon que encarna a alma da polis e atravessa os tempos moldando-se no estado democrático de direito de hoje, ruma ao aprofundamento da inclusão popular - enquanto civitas economica e politica, na evolução da vontade da comunidade através do buzz da rede, externado na inteligência coletiva de Levy. Com a consagração dos direitos humanos no plano internacional, a globalização e a consolidação de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais[110] (incluindo-se mesmo direitos desconhecidos). Tem-se

---

Aristóteles. Começa efetivamente com os gregos do período clássico a reflexão sobre a técnica: não, é claro, a técnica em si mesma. O homem é tal coisa desde seus primórdios, porque desenvolve um manejo mais ou menos estudado e calculável dos seus meios de existência. A cultura não se esgota na técnica, porque a transcende, mas sem aquela não tem como se expressar: ambas pressupõe-se reciprocamente. A expressão tecnológica paulatinamente iniciará seu império enquanto conjunto de discursos que visa a se constituir como ciência da construção de meios para produzir efeitos previamente calculados: isto é, ciência da técnica, a técnica da criação e o emprego científico de todos os meios de ação possíveis. Verifica-se, portanto, que assim culmina um processo secular em que o conceito de técnica, forjado pelos antigos gregos, passou por uma formidável reinterpretação prática e teórica e ao cabo da qual seu campo de atuação passou a ser melhor definido como objeto de tecnologia. Durante a era pré-moderna ocidental, ciência e opinião se diferenciavam ontologicamente." RUDIGHER, Francisco. Introdução às teorias da cibercultura. Porto Alegre: Sulina, 2004, p.27.

[110] "Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuem apenas alguns direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não cidadãos. [...] Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento do capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual. É possível haver direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser

mediante o aprofundamento democrático de intenções confluentes, compreendendo-se a natureza axiológica da construção de tais direitos, conforme corrobora consagrado ensinamento de José Afonso Silva:

> "A democracia é conceito histórico. Não sendo por si só um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. [...] é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história." (SILVA, 2006, p. 126)

Conceitualmente, a teoria predominante[111] assinala que os direitos humanos foram catalogados em direitos de três gerações - ou dimensões -, quais sejam: Direitos Civis, Políticos e fundamentais (1a. Geração, art. 4o. a 21), em seguida, direitos econômicos sociais e culturais (2a. Geração, art. 22 a 27) e, por fim, os direitos difusos de 3a. geração, como patrimônio coletivo, meio ambiente, paz, etc[112]. A Carta constitutiva da ONU explicita o entendimento da promoção aos direitos humanos e liberdades individuais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (art. 1o.). A Declaração Universal dos Direitos do Homem é outro instrumento na legitimação dos direitos humanos, com peso político internacional na positivação desses valores e aplicabilidade das normas quanto à eficácia.

> "Os direitos humanos foram catalogados em direitos de três gerações: a primeira (art. 4o. a 21) engloba os direitos civis e políticos, bem como os direitos fundamentais (à vida, à liberdade e à segurança). Toda pessoa humana possui direito de não ser escravizado, torturado, colocado em servidão ou sofrer penas degradantes e indignas. Ela detém a liberdade do pensamento , política, religiosa, de opinião, de expressão e possui o direito de ter acesso à função pública. A segunda geração (art. 22 a 27) contempla os direitos econômicos, sociais e culturais. Finalmente, os de terceira geração podem ser classificados de direitos difusos (direito à paz, a um meio ambiente saudável, à preservação do patrimônio comum da humanidade, os fundos marinhos e o espaço extra-atmosférico)."

---

votado. Finalmente, há os direitos sociais. Se os direitos civis garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Eles incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria." (CARVALHO, 2014, p. 15)

[111] Tal teoria foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que em conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Assim, a teoria geracional dos direitos humanos divide os direitos protegidos em três (para alguns, quatro) gerações. (RAMOS, 2014, p. 94)

[112] Seitefus, 2006, p. 135.

Quanto à dogmática jurídica, cumpre delimitar a função normativa referente à hierarquia do ordenamento jurídico, primeiramente no conceito de Kelsen em sua Teoria pura do direito. A configuração do sistema piramidal na distribuição de subordinação de leis e normativos entre si (Constituição, leis complementares, ordinárias, delegadas e provisórias, resoluções e decretos) é tida de forma clássica na exegese do art. 59 da Constituição federal. A concepção de Bobbio (1987, p. 20) nessa sistemática, remonta ao uso de fontes públicas e privadas, conforme a seguir:

> "[...] Relativa às fontes (no sentido técnico-jurídico do termo) respectivamente do direito público e do direito privado: a lei e o contrato (ou mais em geral o assim chamado negócio jurídico. [...] Numa passagem de Cícero que chega a ser um notável ponto de referência, está dito que o direito público consiste na lex, no senatus consultus e no foedus (o tratado internacional); o direito privado, nas tabulae, na pactum conventum e na stipulatio". (Partitiones oratoriae, 37, 131)

Em seguida, conforme o avanço epistemológico do estudo antropológico e demais ciências sociais que abordam e pesquisam valores humanistas, o conceito natural da jusfilosofia de Kant (1797) coloca o homem como sujeito de dignidade e de direito, não obstante os paradoxos temporais. Há um trabalho intenso no campo das leis éticas e da obrigação moral, universalizadas e fundadas na razão pura e prática, encarada como princípio formal, e de onde deveria derivar na paz perpétua [...][113].

Daí o posicionamento de direitos fundamentais no topo da cadeia normativa. Corrobora Seelman (2013, p. 106):

> "Respeitar a dignidade do outro, não torná-lo um simples meio, não é, na "metafísica dos costumes" de Kant, um dever jurídico eventualmente imposto pela violência, e sim um dever de virtude, situado, naturalmente, em termos de conteúdo, a meio caminho entre um dever jurídico e outro dever de virtude, o do amor ao próximo."[114]

Dessa forma, tem-se a leitura interpretativa da fundamentação dos direitos humanos na valoração dignidade da pessoa humana, como centro do sistema, conforme entendimento majoritário. Nessa esfera, tautológica, pelo fato do homem ser homem (LUÑO, 1995); indisponível, pois pertence a todos os homens quando consagrada na lei fundamental (MIRANDA, 1993); e teleológica, ou seja, finalística para apontar um conjunto de direitos essenciais, ou seja, dignos quanto ao homem. Sobre essa última

---

[113] PENNA, 2011, p.49.

[114] SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In SARLET. Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 106

forma, Dallari (1998), “sem eles a pessoa humana não consegue existir e não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”; para Peces-Barba (1987), “são faculdades que o direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social”; e Sartet (2001): “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais”.

Ao mesmo tempo, a efetividade dos direitos humanos é sempre um desafio para operadores e estudiosos do direito, pois trata-se de campo em constante evolução e movimento, sempre de caminho conflitante com perenes realidades a serem transpostas, guerras e barreiras, caracterizando sua natureza desbravadora e revolucionária[115]. Todavia, uma vez atingido o status de instituto objeto de tutela da humanidade, não é desejado seu retrocesso, conforme aplicação subjetiva da norma. Ou, conforme Ramos (2014, p. 47), “a proteção dos direitos humanos foi conquista histórica, que, como tal, necessitou de fundamentação teórica para sua afirmação diante do absolutismo e outras formas de governo autoritárias [...] é importante na chamada relação direitos humanos - direito posto”.

Haberle (2004 apud HABERLE; SARLET, 2013, p. 71), quanto ao fato de que a literatura científica abordou a temática da dignidade humana ao longo da história:

> “[...] dignitas na Antiguidade (dignidade como caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não-humanas) e no Estoicismo como compartilhamento pelos homens do atributo da razão. Para o Cristianismo da Antiguidade e da Idade Média, a imagem e semelhança dos homens para com Deus. Na Renascença, Pico della Mirandola compreendeu a dignidade do homem a partir da sua essencial possibilidade de escolha. No Iluminismo, foi a dignidade como liberdade, associada à ideia estóica de dignidade como compartilhamento da razão; Pufendorf acrescentou à noção de dignidade a ideia de igualdade de todos os homens. O aperfeiçoamento desse pensamento por Kant culminou na ideia da insubstitubilidade de cada ser humano.”

---

[115] Ramos (2014, p. 29), sobre as fontes de direitos humanos no plano internacional: “Nascem, inicialmente, de parto natural e após uma gestação de anos que inclui exaustivas conferências internacionais e inúmeras modificações de textos e projetos de tratados internacionais, até que, finalmente, o consenso é alcançado e um novo tratado internacional de direitos humanos é posto à disposição dos Estados. [...] ou de cesariana, por meio de construções jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos que, graças a uma interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, ampliam o alcance dos velhos direitos e criam novas esferas sociais protegidas.”

A assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, representa um marco para os direitos humanos. A vinculação e obrigatoriedade dos países signatários para seu cumprimento revela a evolução do reconhecimento de características de dignidade humana em nossos tempos. Ao que confirmam os apontamentos de Bobbio (1992, p 28):

> "Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens."

Ramos (2014, p. 29), sobre as fontes de direitos humanos no plano internacional: Nascem, inicialmente, de parto natural e após uma gestação de anos que inclui exaustivas conferências internacionais e inúmeras modificações de textos e projetos de tratados internacionais, até que, finalmente, o consenso é alcançado e um novo tratado internacional de direitos humanos é posto à disposição dos Estados. [...] ou de cesariana, por meio de construções jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos que, graças a uma interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, ampliam o alcance dos velhos direitos e criam novas esferas sociais protegidas. Já, Pinsky (2003) abordando o conceito de cidadania, a partir da análise da questão de maneira mais ampla e contextualizada, considerando as lutas sociais na consolidação de tais direitos:

> "A cidadania instaura-se a partir dos processos de lutas que culminaram na Declaração dos Direitos Humanos, dos Estados Unidos da América do Norte, e na Revolução Francesa. Esses dois eventos romperam o princípio de legitimidade que vigia até então, baseado nos deveres dos súditos, e passaram a estruturá-lo a partir dos direitos do cidadão. Desse momento em diante todos os tipos de luta foram travados para que se ampliasse o conceito e a prática de cidadania e o mundo ocidental o estendesse para mulheres, crianças, minorias nacionais, étnicas, sexuais, etárias. Nesse sentido pode-se afirmar que, na sua acepção mais ampla, cidadania é a expressão concreta do exercício da democracia." (PINSKY, 2003, p. 10)

Nesse ponto, o regime democrático e seu desencadeamento originário (pelas próprias raízes iluministas), como o instituído pelo povo, para o povo, conforme preâmbulo da Carta de 1988, com aplicação dos direitos fundamentais pela prestação estatal por meio de políticas públicas. Conforme Alexy (2015, p.52), os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal transformados, por institucionalização, em algo

real. No presente estudo, opta-se pela valorização do termo “política social” como espécie do gênero de política pública, justamente por seu cunho de instituição e finalidade em si, na dignidade humana.

O que geraria o reconhecimento progressivo de direitos, para Hegel (1821), é a garantia da liberdade da própria sociedade, não o contrário, como cerceamento, conforme a seguir:

> “Hegel apanha inteiramente elementos da compreensão Kantiana, porém classifica-os de forma diferente e complementa-os. Objeto do dever de respeito é, para Hegel, por um lado, a auto-referência, igual em todos, do ser idêntico, também para além do tempo, assim como, por outro lado, a própria referência à subjetividade, desde sempre diferenciada. O motivo da necessidade desse respeito recíproco é a garantia da liberdade ou, como o jovem Hegel representou numa ideia, o evitar, resultante da luta por reconhecimento da alternativa do estado de natureza ou de servidão.”[116]

Quanto à eficácia da norma constitucional, segue-se à elaboração de normativos para o cumprimento dos direitos e garantias individuais. Conforme Ramos (2014, p. 152): “As normas de direitos humanos são, em geral, de estatura constitucional, o que as coloca como sendo de hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico”. São, portanto, normas cogentes, que devem ser acompanhadas pela ação do Estado para seu cumprimento, principalmente através de políticas públicas[117].

> “A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça pra baixo”.[118]

Por sua vez, os direitos fundamentais podem compreender direitos negativos ou a abstenção do Estado em intervir em políticas públicas, chamados direitos de proteção

---

[116] Seelman, 2005, p. 112.

[117] A Delegação de Portugal na Conferência de Viena de 1993 manifestou-se pela indivisibilidade, pois os direitos humanos “formam um todo inseparável, ligado em conjunto à idéia da dignidade da pessoa humana. Não tem pois razão de ser as tentativas para separar estes direitos ou para justificar o não respeito de alguma categoria de direitos por exigências de outra natureza, como o sejam atrasos econômicos ou problemas sociais ou políticos”. (CANÇADO TRINDADE,1997, p. 227 apud RAMOS, 2014, p.193)

[118] Carvalho, 2014, p. 220.

ou, de outro lado, deveres positivos prestacionais, na medida da disponibilização de serviços públicos à população. Para José Afonso da Silva (2006, p. 286 apud RODRIGUES, 2010, p. 10), os direitos sociais são instrumentalizados da seguinte forma:

> "Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos, ou tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais [...] e valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade."

Conforme Bonavides (2008, p. 574 apud RODRIGUES, 2010, p. 13):

> "A universalidade dos direitos fundamentais coloca tais direitos no mais alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. Tal fenômeno teve início com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e prosseguiu com a edição de uma série de documentos, de caráter internacional, que trataram de direitos humanos."

A constitucionalização do Direito Privado é o fenômeno decorrente da necessidade de efetivação dos direitos elencados na Carta, suscitando a abertura de debates quanto à administração das dinâmicas de disponibilidade de recursos econômicos, com fulcro nos direitos fundamentais. Conforme assevera Sarlet (2001)[119], a evolução dos direitos sociais pode ser compreendida pelo crescimento da prestação estatal, com intuito de garantir as prerrogativas de seus cidadãos no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, em sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito:

> "[...] entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida a perspectiva multifuncional, poderia partir – na esteira de Alexy e Canotilho – da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo – dos direitos a prestações - , dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito, salientando-se que a ambos se aplica a distinção entre direitos derivados e originários a prestações [...] os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao "status positivus" de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)."

---

[119] SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico. V.I, n. 1, Salvador, 2001. In www.direitopublico.com.br - Acesso em 20 de abril de 2015.

3. A Tecnopolítica como fator de empoderamento orgânico na democracia da pós-modernidade

A sociedade encontra-se interligada por sites, comunidades, aplicativos, telefones móveis e intensidade razoável de sinal de internet e telefonia quase na totalidade dos territórios brasileiros. Verifica-se um estágio de consolidação de uma nova classe média, que apesar de ainda enfrenta percalços do desenvolvimento na América Latina, por exemplo, transborda novas gerações de consumidores e cidadãos (CANCLINI, 1995), com acesso a conteúdo e informação online. Para estudiosos da cibercultura, a nova Ágora de discussões dessa nova sociedade que emerge no Brasil é tida como fator comunicacional difuso de poder, com emissão pluridirecional, conforme focos multicanais de difusão[120], característica das redes sociais. Ou seja, o poder de comunicação encontra-se não mais monopolizado por um monarca ou um feudo, ou mesmo sob influência absoluta um aparelho ideológico de comunicação social.

Porém, o Brasil e o mundo acordam em um século XXI com índices de conectividade praticamente plenos, em relação à população politicamente ativa. Ora, espera-se do zoom politiko da contemporaneidade um posicionamento ativo, deterministicamente, conforme visto e, tal participação corrobora a tese do empoderamento tecnocrático ao qual se observa. Muito já foi dito sobre as implicações da nova economia[121], como seus impactos nas áreas produtivas, envolvendo os benefícios para empresas e consumidores. Todavia as interrelações com o campo do Direito do Estado encontram-se ainda em formação, principalmente no tocante ao implemento de

[120] "Pela primeira vez na história da humanidade, a comunicação se torna um prcesso de fluxo em que as velhas distinções entre emissor, meio e receptor se confundem e se trocam até estabelecer outras formas e outras dinâmicas de interação, impossíveis de serem representadas seguindo os modelos dos paradigmas comunicativos tradicionais". DI FELICE. Massimo. Do público para as redes: a comunicação digital e novas formas de participação social. São Caetano do Sul, SP: Difusão, 2008, p. 23.

[121] "Seguidores de uma linhagem de pensamento que se articula pela primeira vez em Baco e Descartes e se contextualiza materialmente com a ascensão do capitalismo e a eclosão da Revolução Industrial, pensadores prometeicos são esses que vêm defendendo - às vezes pouco racionalmente - a faculdade emancipatória e beneficente da técnica moderna. A tecnologia merece, segundo eles, ser vista como um fator de progresso da humanidade. Nessa condição, a perspectiva é hegemônica e, em larga medida, o grande meta-relato salvífico do mundo contemporâneo." RIBEIRO, 1999, p. 79 apud RUDIGHER, 2004, p.11.

políticas públicas auxiliares para acompanhar tais novas dinâmicas[122], buscando-se o posicionamento do poder público enquanto ator nas esferas de interação de um stakeholder com pessoas, instituições e outros países, num mundo globalizado de fato[123].

A problemática epistemológica em Bachelard (2006), também evoca as inovações filosóficas na interdisciplinaridade consoante a necessidade de "desviar por um instante a ciência do seu trabalho positivo, da sua vontade de objetividade para descobrir o que resta de subjetivo nos métodos mais severos", numa leitura atualizada em Lipovetsky[124] para a aplicação em nossos tempos. Por sua vez, o paradigma da complexidade, de Morin (2011)[125] ilustra a fronteira a qual a humanidade encontra-se,

---

[122] Marshall McLuhan propõe-nos uma leitura menos ambígua e mais rósea desse processo, sobretudo porque parece muito menos inclinado a levar em conta os ideais modernos de formação cultural da personalidade individual do que os estudiosos citados. Para ele, estamos nos aproximando rapidamente da fase final das extensões do homem: "a simulação tecnológica da consciência, pela qual o processo criativo do conhecimento se estenderá coletiva e carnalmente a toda a sociedade humana, tal como já se faz com nossos sentidos e nossos nervos através dos diversos meios e veículos." MCLUHAN, 1969, p. 17 apud RUDIGHER, 2004, p.15.

[123] "Nem simples analogia nem substituição, nem assimilação, a perspectiva que proponho consiste em pensar a articulação de dois espaços qualitativamente muito diferentes, o do território e o da inteligência coletiva. O território é definido por seus limites e seu centro. É organizado por sistemas de proximidade física ou geográfica. Em contrapartida, cada ponto do ciberespaço é em princípio co-presente a qualquer outro e os deslocamentos podem ser feitos à velocidade da luz. Mas a diferença entre os dois espaços não se deve apenas a propriedades físicas e topológicas. São também qualidades de processos sociais que se opõe. As instituições territoriais são antes hierárquicas e rígidas, enquanto as práticas dos cibernautas têm tendência a privilegiar os modos transversais de relação e a fluidez das estruturas. As organizações políticas territoriais repousam sobre a representação e a delegação, enquanto as possibilidades técnicas do ciberespaço tornariam facilmente praticáveis foramas inéditas de democracia direta em grande escala." LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 194.

[124] "O ideal moderno de subordinação do individual às regras racionais coletivas foi pulverizado, o processo de personalização promoveu e encarnou maciçamente um valor fundamental, o da realização pessoal, do respeito pela singularidade subjetiva, da personalidade incomparável, sejam quais forem, sob outros aspectos, as novas formas de controle e de homogeneização simultaneamente vigentes. Sem dúvida, o direito de o indivíduo ser absolutamente ele próprio, de fluir ao máximo a vida, é inseparável de uma sociedade que erigiu o indivíduo livre em valor principal e não passa de uma última manifestação da ideologia individualista, mas foi a transformação dos estilos de vida associada à revolução do consumo que permitiu este desenvolvimento dos direitos e desejos do indivíduo, esta mutação na ordem dos valores individualistas." LIPOVETSKY, Gilles. A era do vazio. Lisboa: Relógio D'Água, 1989, p. 11.

[125] MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Porto Alegre: Sulina, 2011.

a partir dos contextos atuais de interatividade e construção coletiva[126], conforme avança nos estudos de sistemas abertos de contextos envoltos de hipercomplexidade, inerentes à antropologia contemporânea:

> "Assim, acabamos de esboçar, atravessando cibernética, sistemismo, teoria da informação, o discurso que nos propomos desenvolver. Estas preliminares esquematizam, de modo não inteiramente cronológico, é verdade, mas de modo bastante lógico, meu próprio itinerário. Ele me fez entrar na biologia, para melhor sair dela, entrar na teoria dos sistemas, na cibernética, também para melhor sair delas, interrogar as ciências avançadas que recolocam em questão o velho paradigma de disjunção/redução/simplificação. Isto nos serviu para limpar o terreno e reconsiderar teorias ricas de tesouros ignorados, mas cuja face iluminada reflete a plenitude tecnocrática (cibernética, teoria dos sistemas). [...] Tentei situar-me num lugar em movimento (não o lugar-trono onde sempre pretendem sentar-se os doutrinadores arrogantes), num pensamento complexo que conecta a teoria à metodologia, à epistemologia e até mesmo à ontologia."[127]

Com efeito, tem-se, o aprimoramento de tecnologias de interligação em rede, com a verificação de dinâmicas sociais diferenciadas, trazendo contextos de riscos associados ao ambiente complexo, bem como a necessidade de novos comportamentos[128]. Ou seja, face o paradigma tecnológico atual, novas ações políticas formam a tecnopolítica, posicionando-se o Estado no controle de políticas

---

[126] "O terceiro princípio da cibercultura, o da inteligência coletiva, seria sua perspectiva espiritual, sua finalidade última. [...] Todos reconhecem que o melhor uso que podemos fazer do ciberespaço é colocar em sinergia os saberes, as imaginações, as energias espirituais daqueles que estão conectados a ele. Mas em que perspectiva? De acordo com qual modelo? trata-se de construir colméias ou formigueiros humanos? Desejamos que cada rede dê luz a um grande animal coletivo? Ou o objetivo é, ao contrário, valorizar as contribuições pessoais de cada e colocar os recursos dos grupos a serviço dos indivíduos? A inteligência coletiva é um modo de coordenação eficaz na qual cada um pode considerar-se como um centro? Ou, então, desejamos subordinar os indivíduos a um organismo que os ultrapassa? O coletivo inteligente é dinâmico, autônomoi, emergente, fractal? Ou é definido e controlado por uma instância que se sobrepõe a ele? [...]" LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 131.

[127] Op. cit., p. 48.

[128] "As técnicas carregam consigo projetos, esquemas imaginários, implicações sociais e culturais bastante variados. Sua presença e uso em lugares e época determinados cristalizam relações de força sempre diferentes entre seres humanos. As máquinas a vapor escravizaram os operários das indústrias têxteis do século XIX, enquanto os computadores pessoais aumentaram a capacidade de agir e de comunicar dos indivíduos durante os anos 80 de nosso século. O que equivale a dizer que não podemos falar dos efeitos sócio-culturais ou do sentido da técnica em geral, como tendem a fazer os discípulos de Heidegger, ou mesmo a tradição saída da escola de Frankfurt. Por exemplo, será legítimo colocar no mesmo plano a energia nuclear e a eletrônica? A primeira leva em geral a organizações centralizadas, controladas por especialistas, impõe normas de segurança bastante estritas, requer escolhas a prazo muito longo, etc. Por outro lado, a eletrônica, muito mais versátil, serve tão bem a organizações piramidais quanto à distribuição mais ampla do poder, obedece a ciclos tecnoeconômicos muito menores, etc." LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 23.

públicas, o que ganha destaque nesse contexto, dada sua peculiaridade ímpar no campo macro. Consequentemente, a atenção ao ambiente macro situacional também requer o envolvimento do Estado no campo das políticas públicas. O rumo à era do compartilhamento estratégico sustentável[129] parece o norte em comum, consoante às narrativas decorrentes da dialética universalista de coletividade[130] com demais stakeholders de interação no mapa de atuação. Seja esse um comportamento de pessoa de direito público ou privado.

Para Pierre Lévy, os impactos da multimídia causam dificuldade concreta de análise, dada a ausência de estabilidade neste domínio, o que deve vir acompanhado da "retroalimentação de processos físicos, econômicos ou industriais anteriormente estanques e suas implicações culturais e sociais devem ser reavaliadas sempre" (LÉVY, 1999, p. 25)[131]. Exige-se de todos, não apenas do Estado, mas da coletividade, de indivíduos e corporações a consciência daquilo que o filósofo chamou de "inteligência coletiva", um dos principais motores da cibercultura[132]. Consiste na

---

[129] "O posicionamento sustentável, de valor compartilhado pela gestão social com demais stakeholders no ambiente de negócios das corporações é tendência e valor atual na gestão estratégica, conforme consolidação doutrinária atual da gestão empresarial, a criação do valor compartilhado. Segundo o guru da estratégia corporativa, Michael Porter (2011): Companies are widely perceived to be prospering at the expense of the broader community success. It is not on the margin of what companies do but at the center. We believe that it can give rise to the next major transformation of business thinking. The purpose of the corporation must be redefined as creating shared value, not just profit per se. This will drive the next wave of innovation and productivity growth in the global economy. It will also reshape capitalism and its relationship to society. Perhaps most important of all, learning how to create shared value is our best chance to legitimize business again" (KRAMER; PORTER, 2011, p.03).

[130] "Os níveis de empoderamento são interdependentes, à medida que o indivíduo sofre e exerce influência sobre seu entorno, dependendo de condições objetivas e subjetivas para agir, reagir e interagir. O poder e, através dele, a resistência só existem e se efetivam nas relações sociais que, por sua vez, ocorrem mediadas por estruturas e instituições socialmente construídas e legitimadas. O empoderamento estrutural, de natureza aparentemente mais complexa, possibilita aos indivíduos e grupos mais opções em sua tomada de decisão e mais recursos para seu enfrentamento nas adversidades. No entanto, ele também pode requerer dos indivíduos maior discernimento para optar, bem como o domínio de habilidades requeridas no emprego dos recursos disponíveis, o que pode também provocar maior exclusão social." Em: Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. Saúde Soc. São Paulo, v.18, n.4, p.733-743, 2009.

[131] LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999.

[132] "As comunidades virtuais exploram novas formas de opinião pública. Sabemos que o destino de opinião pública encontra-se intimamente ligado ao da democracia moderna. A esfera do debate público emergiu na Europa durante o século XVIII, graças ao apoio técnico da imprensa e dos jornais. No século XX, o rádio (sobretudo nos anos 30 e 40) e a televisão (a partir dos anos 60) ao mesmo tempo

sinergia coletiva criada a partir do conhecimento propiciado pela pós-modernidade. O período da história que atravessamos representa o apogeu das técnicas e o comportamento sociocultural não pode ser pensado em separado, daí suas implicações sociológicas. O que traz em seu âmago, uma nova ecologia cognitiva com a "expansão da cidadania através do exercício da tecnodemocracia" (RUDIGHER, 2004, p. 60).[133] A estruturação em rede, verificada nas bases da cibercultura por Lévy, por meio da criação de comunidades virtuais estabelece um fenômeno já compreendido indiretamente por Luhmann, quando trata da generalização de símbolos, enquanto códigos comunicacionais. São "códigos culturais do contexto tecnocrático, o que conduz a uma forma orgânica de poder" (FERRAZ JUNIOR, 2003), enquanto consenso de legitimidade, ainda que pelo dissenso[134], conforme corrobora o nível de polarização ideológica atual das redes sociais.

4. Das novas fontes do Direito do Estado no advento do século XXI

---

deslocaram, amplificaram e confiscaram o exercício da opinião pública. Não seria permitido, então entrever hoje uma nova metamorfose, uma nova complicação da própria noção de "público", já que as comunidades virtuais do ciberespaço oferecem, para debate coletivo, um campo de prática mais aberto, mais participativo, mais distribuído que aquele das mídias clássicas? [...] As chamadas comunidades virtuais realizam de fato uma verdadeira atualização (no sentido da criação de um contato efetivo) de grupos humanos que eram apenas potenciais antes do surgimento do ciberespaço. A expressão "comunidade atual" seria, no fundo, mais adequada para descrever os fenômenos de comunicação coletiva no ciberespaço do que comunidade virtual." LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 129.

[133] RUDIGHER, Francisco. Introdução às teorias da cibercultura. Porto Alegre: Sulina, 2004, p.60.

[134] "Condição básica da liderança não é propriamente o consenso, mas a generalização do dissenso, isto é, a criação de expectativas supostas sobre expectativas de terceiros. Terceiro é alguém que, numa interação social, se ocupa de outras coias, embora possa ser conquistado para ocupar-se das mesmas coias. Ser conquistado porque a atenção do terceiro nem sempre é dada - escassez de atenção - donde a relação entre liderança e propaganda, publicidade, masss media, etc. Ora, ligado à questão da escassez de atenção, consenso efetivo nunca é um fator fundante de liderança, pois o consenso de fato, inteiramente obtido, esgota rapidamente seu potencial para garantir influência. Daí a ideia de que, socialmente falando, o que ocorre na liderança é economia ou poupança de consenso. O líder é alguém capaz de trabalhar com o dissenso, tornando relevante o sempre escasso consenso. Isso ocorre por antecipação do consenso presumido quanto à expectativa de terceiros. Essa presunção significa institucionalização, ou seja, não a existência fática de concordância, mas uma superavaliação bem-sucedida da expectativa de terceiros. Ela se baseia, pois, numa homogeneidade tanto mais fictícia quanto mais complexa for a sociedade. Nesse sentido, política é técnica que permite a administração da escassez de consenso e não a produção de consenso." (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 63)

Pragmaticamente, faz-se necessário o exame das definições de política, política pública e política social, essenciais à pesquisa em tela. Sobre política, a palavra pode adquirir os mais variados significados, dependendo do contexto onde venha a ser utilizada. Pode ser referente ao sistema político (Polity), ou às negociações decorrentes do sistema político (Politics), contexto no qual a política acontece entre os atores sobre determinada tomada de decisão, no campo da governabilidade. Ainda, o termo "política", na prática operacional, pode envolver ação e não-ação, ao longo do tempo, envolvendo atos governamentais e atores sociais, englobando diferentes visões, de forma convergente, complexa e não-isolada.

Já a definição de Política Pública (Policy/Policies) é uma das formas de manifestação política, especificamente sobre a ação do Estado para o atingimento dos interesses da sociedade. Ou seja, ações do governo direcionadas ao atingimento de determinados objetivos. Nessa seara, englobando demandas, atores e formas de ação variadas. Significa a implementação de esforços, sob a forma de leis, programas ou recursos, para o cumprimento de determinada meta estratégica planejada pelo governo. Portanto, são iniciativas públicas para atendimento de interesses da sociedade, ligadas notamente a serviços e atores sociais específicos.

Resumidamente, para fins do presente estudo, faz-se mister a noção que o conceito de política (polity) engloba determinado conjunto de ações ou modo de agir, em assuntos particulares, a fim da obtenção do que se deseja. Já o ato de realizar política pública (policy/policies) envolve ações governamentais no interesse da sociedade. Ainda, em um contexto mais amplo, a política pública engloba uma série de medidas, com visão macro- global, ao passo que as políticas sociais (social policies) são as ações propriamente ditas, dentre as políticas governamentais diversas, para o atendimento de demandas populares não atendidas pelo mercado.

Conforme visto, tem-se um cenário situacional de extrema complexidade, com demandas de intervenientes diversos, com problemas relativos à sociedade para encaminhamento adequado do Estado. Aqui, uma questão de decisão política para o uso de recursos baseados em políticas públicas. Desse paradigma, ligado ao estágio de desenvolvimento tecnológico e social, postos inseparáveis e axiológicamente desbravadores, com a narrativa dialógica operando em redes sociais, comunidades virtuais e consistindo numa verdadeira inteligência coletiva. O estudo epistemológico aponta para a finalidade da democracia e a necessidade de ser atingida a democracia

participativa plena, com as estruturas estatais devendo se aproximar dos anseios do cidadão.

Em se tratando de Brasil, há inúmeros issues a serem perseguidos. Um desafio árduo, indubitavelmente. Sobre a condução tortuosa das políticas sociais brasileiras, a ação do Estado nessa nova dimensão de direitos está a se situar. Caso notório foram as jornadas de junho de 2013, com protestos simultâneos contra o governo federal em praticamente todo o país. O que pegou de surpresa todos os analistas e pesquisadores dos fenômenos de cidadania contemporânea. O mesmo se viu no movimento das primavares árabes, anteriormente nos protestos contra a Organização Mundial do Comércio (Seattle, 1999) e na revolução zapatista (ainda mais comunitário em sua gênese, em 1994). As implicações da tecnopolítica na reunião de atores diversos, na reivindicação quanto a políticas públicas é campo de interesse ainda em construção, por seu recente surgimento e perspectivas ainda em crescimento na área.

Tal panorama requer novas formas estratégicas de posicionamento, em um novo cenário onde novos skills são suscitados[135]. Ainda, sucessivos pactos governamentais, em todas as esferas – até internacionalmente -, vêm estabelecendo uma agenda pública, que adere ao privado e ao terceiro setor, ma linha social de compartilhamento horizontal (RICARDO, 2007). Admite-se, portanto, uma construção de valor transversal, com o posicionamento cidadão perante os demais stakeholders, com mediações peculiares mediadas de acordo com a interação com os atores e a cadeia de valor, o Valor Compartilhado, segundo Kramer e Porter (2011, p. 6):

> "The firm gains competitive advantage from how it configures the value chain, or the set of activities involved in creating, producing, selling, delivering, and supporting its products or services. For decades business people have studied positioning and the best ways to design activities and integrate them. However, companies have overlooked opportunities to meet fundamental societal needs and misunderstood how societal harms and weaknesses affect value chains."

Conforme Grunig, Ferrari e França (2009, p. 72):

> "Teóricos da administração estratégica diferenciam dois tipos de ambiente: o ambiente econômico e o ambiente sociopolítico ou institucional. O ambiente econômico consiste em grupos como consumidores, concorrentes, fornecedores e credores. Eles abastecem a organização com os recursos necessários e adquirem ou utilizam os proditos e serviços por ela fornecidos. O ambiente social ou

[135] "Comprehensive audit, ou auditoria de amplo escopo, envolve três aspectos relacionados, mas individualmente distinguíveis no que se referem à accountability (obrigação de responder por uma responsabilidade conferida), quais sejam: exame de demonstrações contábeis ou financeiras; exame de conformidade com as autorizações ou exame da legalidade; e exame de economia, eficiência e eficácia na gerência dos recursos públicos ou privados" (ARAÚJO, 2001, p.20).

institucional é formado por públicos que querem participar do estabelecimento da missão de uma organização, como governos, comunidades, acionistas, trabalhadores e grupos ativistas.”

O que identifica as políticas de relações públicas, na visão de Mintzberg (1994 apud GRUNIG; FERRARI; FRANÇA, 2009, p.75), é:

“[...] saber o conjunto de problemas e soluções possíveis e trazê-lo para a arena da gestão estratégica. Em particular, trazer para o processo decisório os problemas dos stakeholders – públicos que formam o ambiente da organização, [...] gestores incorporam o seu ambiente, isto é, o ambiente para um gestor é o que ele ou ela percebe ser.”

Nesse sentido, corrobora Ricardo (2007, p. 455):

“Demanda-se das empresas cada vez mais que publiquem seus Balanços Sociais, disponibilizando para os interessados seus indicadores econômicos, ambientais e sociais. No Brasil, o debate em torno dos balanços sociais ganhou grande visibilidade e importância em 1997, com o lançamento de uma campanha pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase).”

Kramer e Porter (2011) complementam que a nova cadeia de valor das empresas afeta é afetada por questões comuns à sociedade, como recursos naturais, políticas internas, qualidade de vida e valor compartilhado com a comunidade pertencente. Portanto, se há investimento na comunidade, há retorno em forma de valor, com áreas de intersecção com os atores do convívio da cadeia:

“The success of every company is affected by the supporting companies and infrastructure around it. Productivity and innovation are strongly influenced by “clusters,” or geographic concentrations of firms, related businesses, suppliers, service providers, and logistical infrastructure in a particular field— such as IT in Silicon Valley, cut flowers in Kenya, and diamond cutting in Surat, India” (KRAMER; PORTER, 2011. p. 08).

Tavares (2003) defende que o grau de desenvolvimento de um país é responsabilidade em grande parte do Estado, que exercita tal papel mediante o emprego de políticas públicas. Segundo o autor, passou-se a falar em Direito constitucional econômico desde que o aspecto econômico se tornou preocupação constante nas constituições. Sua interferência nesse segmento é considerada, pois, essencial e natural (p. 48). Para tanto, surge na teoria clássica da cidadania a participação, enquanto meio que o povo exerce a democracia, conforme José Afonso Silva:

“A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é

> indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação" (SILVA, 2006, p. 131).

Não exaustivamente, consegue-se vislumbrar um apanhado de demandas que podem ser atendidas através de iniciativas do Estado no monitoramento e controle social de políticas públicas. Ou seja, a percepção dos cidadãos para os problemas coletivos, num compartilhamento de direitos e garantias para a real efetividade das iniciativas. Suscetível ainda, de questionamento acerca da tipologia de tal controle social. Segundo Odete Medauar (2012), há de distinguir-se entre participação e controle, sendo o primeiro uma intervenção ou provocação, para ativar o segundo, de cunho regulador ou fiscal, ambos de importância inegável para o exercício da cidadania:

> "Sem dúvida, não se mostra fácil estabelecer uma fronteira precisa entre as atuações participativas em geral e o controle exercido pelo cidadão. Muitas vezes as atuações participativas propiciam ou facilitam o controle, mas nem sempre se revestem de cunho verificador. Parece adequado inserir, no âmbito do controle social, atuações do cidadão, isolado ou mediante associações, referentes a decisões já tomadas, a decisões em vias de adoção, com o intuito de verificar ou provocar a verificação da sua legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, conveniência e oportunidade, etc. Os mecanismos de controle social permitem, por si, que a Administração corrija ou evite inadequações nos seus atos ou omissões, e também suscitam a atuação de órgãos de controle. Embora possam embutir alguma finalidade reinvindicatória, não se encontra aí o objetivo dos instrumentos de controle social."

Portanto, são cases bem sucedidos de accountability na área de empoderamento cidadão os exemplos ligados a políticas de informação e gestão de processos relacionados. Estabelece-se tal tipologia de controle quanto a instituições que interagem com o público e estabelecem afinidade de interesse. Nesse campo, exemplo maior é a lei do aceso à informação (12.527/2011), que pressupõe políticas de transparência e abertura de dados, ou etapas de sigilo, para documentos com grau de sensibilidade do objeto. Conforme Medauar (2012, p. 184):

> "A viabilidade desse controle (de políticas públicas) depende, em grande parte, do acesso à informação sobre as políticas, programas e projetos dos órgãos e entidades da Administração, os quais devem ser envunciados; a Lei 12527/2011 - Acesso a informações, no art. 7o., inclui, no acesso à informação, o direito de obter informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive quanto à sua política, organização e serviços (V), e sobre a implementação, acompanhamento e resultados dos seus programas, projetos e ações, metas e indicadores propostos (VII, a), e o art. 8o. fixa, para os órgãos e entidades públicas, o dever de promover a divulgação, inclusive por meios eletrônicos, dos dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras (§ 1o., V)."

Dessa forma, anteriormente ao debate, crucial faz-se a publicidade dos atos estatais, conforme princípio clássico da administração, com aplicação atual instrumentalizada de tal forma. Outra iniciativa usual para o controle da administraçãõ em democracias de países nórdicos é o estabelecimento de ouvidorias especializadas, tendo na figura do Ombudsman a representação de ouvidor (também conhecido como defensor do povo, provedor da justiça, conforme país), a referência que chama as pautas de interesse da sociedade. No Brasil, o fenômeno é recorrente em empresas e entes públicos, mas ainda recebe críticas quanto a uma aplicação em nível federal - com pessoa ungida ao status ministerial, hipoteticamente - o que não configura seu uso, pelo menos, de maneira ambrangente. Completa Medauar (2012, p. 148) que "é um meio de controle da administração derivado em geral, do parlamento. [...] É possível apresentar ao Ombudsman reclamações contra a Administração, e sobre tais casos ele tem o poder, no mínimo de emitir parecer". Os SAC's (Serviços de Atendimento ao Cliente) e ouvidorias têm cumprido tal papel de forma massificada na iniciativa privada. Algumas instituições estatais possuem portais na internet e mesmo perfis em redes sociais, aprofundando questões de relacionamento com o cidadão.

Paralela e analogamente, no plano judicial, as intervenções populares mediante audiências públicas, amicus curie em causas específicas e demais representações, mediante a melhoria do controle de constitucionalidade, notadamente por omissão e de forma interventiva, sem se esquecer da ampliação e aperfeiçoamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (PENNA, 2011, p. 312). Tais circunstâncias trazem a processualidade de fontes populares para perto do judiciário, empoderando-se grupos e movimentos que ganham espaço nas narrativas contemporâneas, de tecnicismo, ou culturalismo - neste caso, como essência. A comparação entre a situação em que o judiciário "ouve" o povo, trazendo-o para o debate é um fator, portanto, de convergência com políticas públicas aproximadas pela tecnologia. Quando a especialidade, a especificidade atrai a formação de opinião sobre determinada pauta, issue ou potencial direito fundamental, para a verficação e cabimento de políticas públicas.

Conclusão

Por fim, torna-se válido destacar o momento conjuntural da ciência política enquanto campo tecnológico de atuação e pleno desenvolvimento, enquanto interface do Estado. Por meio da sociedade informatizada e a amplitude do campo de interação política, vislumbra-se uma nova ágora de debate social, conforme evolução antropológica dos estágios da democracia da humanidade. Tal panorama de fatores condicionam o fenômeno denominado tecnopolítica, que se estabelece perante uma série de características, como a conectividade, formação de comunidades virtuais e propositura de uma nova inteligência coletiva.

Por fatores oriundos da complexidade de causas e consequências nos domínios do direito do Estado, há um vazio doutrinário nos novos padrões de democracia, frente ao empoderamento de grupos e movimentos sociais, que intervém ou tentam praticar formas hetorodoxas de participação. Tais aglutinamentos são inovadores quanto à formação de consenso de poder, pois são disformes e difusos quanto a sua emissão, em comparação às formas verticais anteriormente estabelecidas por focos de poder consolidados.

Tal paradigma deve ser percebido pelo Estado, conforme gestão estratégica situacional, mediante monitoramento de ambientes e avaliação constantes da opinião pública, enquanto verificação de risco político e de imagem. O que vem a gerar nova categoria de política pública, voltada a uma nova gama de direitos cibernéticos de quarta e quinta gerações, amplificados por meio de tecnologias informatizadas, correlatos aos direitos civis libertários, consoantes nossa época, ou seja, revigorados.

Todavia, por tal advento e recente descoberta dos efeitos potencialmente decorrentes desses novos meios e novas formas de comunicação, possuem potencial de apliação as iniciativas governamentais, de modo a realizar o monitoramento dos novos impactos políticos e conjunturais da atualidade. Ora, a humanidade vive um estágio totalmente dependente da informação, com determinismos da pós modernidade em todas as áreas: questões mundiais de conetividade e um universo de assuntos correlatos, como direitos autorais, sigilo da informação, hackers, dinheiros virtual, e-commerce, cyber-terrorismo, comunidades, etc. Ou seja, tudo isso tem repercussão antropológica na formação e uso da política, bem como seus rumos. O Estado, na complexidade de Morin, não é ente isolado do mundo e deve estar interagir no ambiente em rede consciente de tais efeitos. Principalmente, quanto à principal finalidade de sua formação, a cidadania.

Para tanto, deve-se vislumbrar a rede como um aliado, não uma fonte de fogo cruzado, sob essa ótica. A teoria do poder difuso em rede é paradigma já alcançado, restando aos demais adaptarem-se a essa nova realidade. Ou seja, deve-se buscar ouvir a rede, os cidadãos, os argumentos e os pontos de debate, mesmo que informalmente, abrindo canais de contato e discussão. O governo aberto deve aproximar o ente público da comunidade, aproximando-os e trazendo-o para a participação direta, a Ágora de nossa época.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BACHELARD, Gaston. A epistemologia. Lisboa: Edições 70, 1971.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8 a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade - por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Helvética, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para um teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANCLINI, Néstor Garcia. Consumidores y ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización. México, DF: Grualbo, 1995.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil - O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

DI FELICE. Massimo. Do público para as redes: a comunicação digital e novas formas de participação social. São Caetano do Sul, SP: Difusão, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2 a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRUNIG, James E.; FERRARI, Maria Aparecida, FRANÇA, Fábio. Relações Públicas: Teoria, contexto e relacionamentos. São Caetano do Sul, SP: Difusão. 2009.

JULLIEN, François. O diálogo entre as culturas: Do universal ao multiculturalismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

KRAMER, Mark R.; PORTER, Michael E. Creating Shared Value: how to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth. Massachusetts, EUA: Harvard Business Review, janeiro de 2011. Disponível em www.hbr.org . Acesso em agosto de 2015.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. A era do vazio. Lisboa: Relógio D'Água, 1989.

MARQUES, Moisés. Introdução ao risco político: Conceitos, análises e problemas. Rio de Janeio: Elsevier, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MATOS, Heloiza. Comunicação pública: Interlocuções, interlocutores e perspectivas. São Paulo: ECA/USP, 2013.

MAURER, Hartmut. Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Leila de Souza. Distúrbio eletrônico: Critical Art Ensemble. São Paulo: Conrad, 2001.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Porto Alegre: Sulina, 2011.

PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PEREIRA, Potyara A. P., Política Social: Temas e questões. 3 a. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PINSKY, Jaime. História da cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. 4 a. Ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário, democracia e políticas públicas: Legitimidade e controle nas ações sociais. Revista da Ajuris, v. 41 - n. 136, p. 13, 2014.

RUDIGER, Francisco Ricardo. Introdução às teorias da cibercultura: perspectivas do pensamento tecnológico contemporâneo. Porto Alegre: Sulina, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Recomeçar para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEITENFUS, Ricardo. Direito internacional público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENNETT, Richard. A cultura do novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2006.31SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2003.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1994.

REGISTRO DE IMÓVEIS, PROPRIEDADE E MORADIA: EFEITOS DO SISTEMA REGISTRAL BRASILEIRO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Levi Borges de Oliveira Veríssimo[136]

Resumo

O presente artigo visa analisar a evolução do sistema de registros de imóveis no Brasil e sua influência na aplicabilidade do direito à moradia, consagrado como direito social pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tal análise envolve a percepção de diversos institutos sociais e jurídicos, especialmente o direito à propriedade, a distinção entre moradia e habitação, o direito à moradia como direito social, a função social da propriedade, e, por fim, o papel do Estado neste contexto. Insere-se na discussão em torno do papel do Estado a questão do registro de propriedade do imóvel, as finalidades a que se destina e a correlação com o exercício do direito à moradia.

Palavras-chave

Direito Imobiliário; Direito à moradia; Registro Imobiliário; Propriedade; Registro de Imóveis.

Abstract

The present essay aims to analyze the evolution of Real Estate Law in Brazil and its influence in the application of the Right to Housing, set forth in the article 6th of Brazilian Constitution. The research involves the perception of a variety of social and legal institutions, particularly the Right to Property, the difference between housing and habitation, the Right to Housing as a social right, the social function of property and, at last, State role on this context. Moreover, on the matter of State role, the property registration system and its purposes are analyzed, as well as its connection with the Right to Housing.

Key Words

Real Estate Law; Right to Housing, Property Registration, Property, Real State Registration.

[136] Advogado, graduado em Direito pela Universidade de Brasília e especialista em Direito Imobiliário pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

1. Introdução

Historicamente, o Brasil é reconhecido como uma sociedade desigual em diversos aspectos[137]. Neste contexto, destaca-se a crise habitacional que o país enfrenta no campo da infraestrutura urbana, onde o déficit habitacional das famílias com renda de até três salários mínimos alcançou 82,5% em 2015[138]. O escopo do presente estudo é a influência da tradição registral brasileira nesta seara de desigualdade. Em que medida a tradição cartorária nacional dialoga com a dificuldade de acesso à moradia, e quais as respostas normativas, jurisprudenciais e doutrinárias que vêm sendo dadas a este problema?

Marcante neste cenário a irregularidade das moradias como regra, não exceção[139]. Estima-se que nas grandes metrópoles brasileiras, cerca de 50% da população, em média, resida na informalidade. Em cidades como São Paulo, Porto Alegre, Belo Horizonte e Rio de Janeiro, cerca de 20% da população reside em favelas, chegando tal número a 46% em Recife (LAUERMANN; WIENKE, 2016, p. 05).

Em tal cenário, é possível identificar não apenas a falta de imóveis para suprir a demanda por moradia, mas também a ausência da segurança posse, que tem por consequência a construção de casas em áreas ilegais sem condições mínimas de estrutura. Questiona-se o papel do Direito neste contexto.

Sabe-se que ordenamento jurídico nacional se desenvolveu sob a égide de grupos hegemônicos no exercício do Poder Legislativo. Tal cenário contribuiu para a formação de um conjunto de normas que tende a favorecer determinados grupos sociais em detrimento de outros. O sistema registral brasileiro, construído no cenário já mencionado de crise habitacional, ilustra tal quadro normativo de maneira evidente. Desenvolvido num país onde o direito à moradia passou a ser uma função constitucional do Estado apenas nas últimas

[137] Em um relatório da ONU (Organização das Nações Unidas), que foi divulgado em julho de 2010, o Brasil aparece com o terceiro pior índice de desigualdade no mundo e, em se tratando da diferença e distanciamento entre ricos e pobres, fica atrás de países de reconhecida situação de pobreza, como Haiti, Madagascar, Camarões, Tailândia e África do Sul.

[138] Dados estatísticos sobre o Déficit Habitacional Brasileiro segundo a Fundação João Pinheiro em parceria com o Ministério das Cidades, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

[139] "A ilegalidade, porém, é uma das marcas da cidade brasileira, para além das metrópoles. No vasto e diverso universo de 5.564 municipalidades, são raras as cidades que não têm uma parte significativa de sua população vivendo em assentamentos precários. De acordo com estimativas do Ipea, baseadas em metodologia do UN-Habitat e em dados do Censo Demográfico, estão nessa condição aproximadamente 40,5% do total de domicílios urbanos brasileiros, ou 16 milhões de famílias, das quais 12 milhões são famílias de baixa renda, com renda familiar mensal abaixo de cinco salários mínimos". (ROLNIK, 2016).

décadas[140], e de uma cultura acostumada com a burocracia como forma de garantia de direitos, os efeitos de formalidades para camadas sociais menos favorecidas por vezes passa despercebida da análise jurídica destes institutos.

Necessário ressaltar a impossibilidade em afirmar que tal cenário foi construído deliberadamente, em cúpulas destinadas a excluir grupos *outsiders* do exercício de direitos adquiridos por grupos historicamente estabelecidos. A presente pesquisa busca, ao revés, salientar o contexto de surgimento do sistema de registro de imóveis vigentes, e em que medida tal sistema considerou ou deixou de considerar as realidades das populações mais pobres, de modo a investigar a extensão do exercício do direito à moradia nestes meios sociais.

Em que pese a existência de estudos jurídicos acerca da função social da propriedade e da existência ou não da função estatal de prover um meio adequado à moradia digna, o presente estudo possui volta sua análise de maneira mais profunda ao aspecto do papel que sistema de registro imobiliário desempenha neste contexto.

De tal sorte, o estudo tem como escopo inicial a abordagem constitucional dada ao direito à moradia e a elementos jurídicos correlatos, como a questão da propriedade e sua função social, bem como a posse e conceitos jurídicos correlatos e de que forma tais conceitos divergem e dialogam.

Em seguida, volta-se aos elementos do sistema registral imobiliário brasileiro e à maneira como este se construiu. Neste ponto, buscamos a perspectiva histórica como método científico, de modo a contextualizar a evolução do registro de imóveis no Brasil conforme as nuances contemporâneas que o cercavam.

Na terceira parte da pesquisa, dá-se uma abordagem abrangente e crítica à relação entre os elementos apresentados nos capítulos anteriores, qual seja, a relação entre o sistema de registro de imóveis e o exercício do direito à moradia em suas diversas formas. Para tal, a análise é voltada tanto para a base normativa de políticas públicas de moradia, como o Sistema Financeiro de Habitação, o Programa Nacional de Habitação e o Estatuto da Cidade, quanto para o tratamento jurídico (inclusive regularização) dado a iniciativas espontâneas de moradores que ocupam áreas rurais e urbanas.

Ao final, a pesquisa busca ressaltar as diferentes abordagens do Poder Público no que diz respeito às políticas habitacionais e de ordenamento territorial. Neste sentido, há

[140] A emenda constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, alterou o artigo 6º da Constituição Federal para tornar a moradia um direito social.

interesse em investigar e definir as opções normativas que realizadas historicamente no âmbito do Direito Imobiliário, especialmente em relação aos setores sociais menos favorecidos. Discutir-se-á, inclusive, como a legislação federal evoluiu com vistas a orientar a garantia do direito à moradia como direito social, consoante consagrado pela Constituição Federal.

2. Direito à moradia sob a ótica constitucional

2.1 Conceito e origem do Direito à Moradia

Inicialmente, faz-se necessário distinguir o conceito de Direito à Moradia de conceitos jurídicos correlatos, vez que tal definição é essencial para a delimitação da presente discussão. Desta forma, faremos diferenciação do conceito jurídico de moradia das definições de posse, domicílio, e habitação, institutos jurídicos relevantes em alguns momentos da presente discussão, mas que não serão o objeto deste estudo.

O Código Civil de 2002 é claro ao definir alguns dos conceitos citados, de modo que buscaremos inicialmente a definição legal. O artigo 70 (art. 31 do CC/1916) do mencionado diploma legal define o domicílio como o lugar onde a pessoa natural estabelece sua residência com ânimo definitivo e, ainda, o lugar onde ela exerce profissão (art. 72). O código prevê ainda a possibilidade de que a pessoa natural tenha diversas residências, hipótese em que pode ser considerado domicílio qualquer uma delas (art. 71).

Nesse sentido, nas palavras de Maria Helena Diniz, a residência é o local onde a pessoa fixa ou habita, com intenção de permanecer, não sendo necessariamente coincidente com o domicílio, pois neste caso há o ânimo definitivo como fator de distinção (DINIZ, 1997). Washington de Barros Monteiro difere os conceitos sob atribuição jurídica e de fato:

> Podemos, pois, da seguinte forma estabelecer a diferença entre domicílio e residência: o primeiro é conceito jurídico, criado pela própria lei e através do qual, para efeitos jurídicos, se presume estar presente a pessoa em determinado lugar. Residência, por sua vez, é relação de fato, é o lugar em que a pessoa habita ou tem o centro de suas ocupações (MONTEIRO, 1993).

O conceito de habitação, na lição de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, é de uma relação puramente de fato e momentânea, "sendo o local em que a pessoa permanece, acidentalmente". Inclui-se nesse conceito, por exemplo, um quarto de hotel ou barraca de

acampamento, que não são necessariamente o local fixo utilizado como referência das ocupações pessoais do indivíduo (NUNES DE SOUZA, 1994, p. 45).

A legislação brasileira não conceitua posse, mas traz a definição de possuidor no artigo 1196 do Código Civil vigente: "considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

A moradia, conceito em que nos debruçaremos exaustivamente, possui um significado amplo, com status de direito social garantido constitucionalmente e que possui caráter irrenunciável. Nunes de Souza sintetiza com brilhantismo conceito de moradia, diferenciando-o dos demais conceitos citados:

> A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo individuo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, "moradia" é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. "Residência" é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a "habitação" é o exercício efeito da "moradia" sobre determinado bem imóvel. (...). Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana (*ibidem*, p. 45).

De tal sorte, sendo o direito à moradia pertencente ao ser humano e irrenunciável, é dever do Estado e de quem o representa ou por ele atua possibilitar o acesso e exercício a este direito (*ibidem*, p. 46).

Neste contexto, consoante veremos a seguir, o Direito Imobiliário desempenha função fundamental de diferentes maneiras e em momentos diversos do exercício do direito à moradia. Incumbem-se desse dever, desta forma, os oficiais registradores como agentes públicos do Estado.

2.2 Direito à moradia e a Constituição de 1988

Até a promulgação da emenda número 26, a Constituição Federal de 1988 não mencionava expressamente o direito à moradia no rol de direitos sociais elencados em seu artigo 6º. Àquela época, a primeira menção expressa ao termo "moradia" estava inserida nos

direitos trabalhistas do artigo 7º, inciso IV, que previa que o trabalhador faz jus à "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

O Brasil já era signatário de tratados internacionais que versavam sobre o tema, de modo que a promulgação da referida emenda refletiu o cenário internacional de reconhecimento do direito à moradia como direito social. A elevação do direito à moradia ao rol de direitos sociais permitiu que o país passasse ampliar as iniciativas legislativas infraconstitucionais neste campo (NUNES DE SOUZA, 2004, p. 125).

No mesmo sentido, Ingo Sarlet (2010, p. 12) considera que o direito à moradia já se encontrava posto no texto constitucional, mesmo antes da vigência da emenda número 26, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, pois, em suas palavras "este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades especiais básicas para uma vida com dignidade", mesmo que não expressamente positivado.

Ressalte-se que a inclusão do Capítulo "da Política Urbana e do direito à moradia" na Constituição Federal, bem como a edição do Estatuto da Cidade (que regulamentou as normas constitucionais neste sentido), são decorrência de mobilização popular em torno de uma cidade mais justa e politicamente democrática, que se tornou conhecida como o movimento pelo direito à cidade (DUARTE; DUARTE JR., 2012, pp. 200-1).

O artigo 5º do texto constitucional, em seu inciso XXIII, dispõe que a propriedade deve atender a sua função social, estabelecendo uma limitação ao exercício do direito de propriedade em face do interesse público em que a propriedade seja utilizada conforme seu fim específico. Nesse sentido, ensina Chalhub (2000, p. 06):

> A metamorfose da propriedade atinge em cheio o *jus utendi*, na medida em que o proprietário não tem mais o direito de utilizar a coisa como lhe convém: tanto o direito de plantar como o direito de construir sofrem restrições, seja em razão de limitações de natureza urbanística, seja por força de interesse ambiental; veja-se, a título de ilustração, o art. 225 da Constituição Federal, que subordina explicitamente as faculdades do *dominus* ao direito que a coletividade tem *ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

O entendimento de que a propriedade passa a ter uma função coletiva é corroborada pela lição de Orlando Gomes, que ensina que “o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão-somente para satisfação do seu interesse” (GOMES, 2007, p. 107). A função social não limita ao proprietário que disponha de seu bem, mas o condiciona ao cumprimento de deveres inerentes à finalidade específica desta (CHALHUB, 2016, p. 304).

Atribui-se à teoria de Leon Duguit, datada do início do século XX, a definição jurídica originária de função social da propriedade, tratada até então conforme fundamentos filosóficos de teóricos como Montesquieu, Hobbes, Rousseau, Bussuet, Mirabeau, Bentham, Locke (JELINEK, 2006, p. 10).

A finalidade da atribuição de uma função social à propriedade moderna é adequar o direito à propriedade à complexidade das relações sociais trazidas pelo modelo hodierno de organização coletiva. Do ponto de vista jurídico, a propriedade passa a ter não apenas a face do direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa[141], mas também o dever de observar a destinação do bem para sua finalidade específica.

A esse respeito, ensina Melhim Chalhub:

> Na linha desses princípios, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever da propriedade correspondente a um poder-dever do proprietário, na medida em que, de uma parte, é reconhecida a faculdade do sujeito ativo de exigir a abstenção dos sujeitos passivos e, de outra parte, se impõe ao titular da propriedade, na condição passiva de adimplemento, o dever de utilizar a propriedade de acordo com o interesse coletivo (CHALHUB, 2000., p. 08).

Contudo, não é tarefa simples definir o conceito de “interesse coletivo” contido na face passiva do direito de propriedade, cabendo ao legislativo a definir de maneira eficaz, e mais ainda ao judiciário garantir a eficácia da função social por meio de sua aplicação efetiva, de modo a demonstrar a sua vigência perante os proprietários e o dever de sua observância.

O ilustre Fábio Konder Comparato distingue as restrições inerentes ao direito de propriedade das relativas à sua função social:

> Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais

[141] Código Civil, art. 1.228.

> especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica (COMPARATO, 1986, p. 63).

O artigo 186 da Constituição Federal, ao tratar de parâmetros para cumprimento da função social da propriedade rural, diz que:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O dispositivo traz um direcionamento em relação à intenção do constituinte em atribuir à propriedade rural, neste caso, uma finalidade voltada ao bem-estar social, para que o uso do solo garanta a subsistência de maneira racional. O texto consagra a garantia de tratamento especial à propriedade produtiva, posteriormente regulado pela Lei n. 8.629 de 1993 (CHALHUB, 2000, p. 18).

Em relação à propriedade urbana, o texto constitucional permite que o Estado exija do proprietário do solo urbano o parcelamento ou edificação compulsórios em caso de não utilização ou subutilização deste (*idem*, p. 19).

A Lei Maior dispõe, em seu artigo 182, §2º, que o a função social da propriedade urbana se cumpre quando esta atende "às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor". Depreende-se do escrito que o legislador fez clara opção por um Direito Urbanístico ordenador, pois considerou que basta para o cumprimento da função

social que o imóvel esteja de acordo com as normas de ordenação territorial expressas no plano diretor.

Cite-se, ainda neste contexto, a referência expressa à moradia adotada pelo constituinte brasileiro contida no artigo 183 da Constituição Federal, antes mesmo da previsão do artigo 6º, que dispões sobre requisitos da usucapião especial urbana a utilização do imóvel "para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". Nesta hipótese, diferentemente do citado §2º do artigo 182, considerando a inércia do proprietário o constituinte dá outro significado à função social do imóvel urbano para fins de moradia, permitindo a aquisição originária da propriedade por meio do instituto da usucapião.

Importa ressaltar a dualidade do direito à moradia, que posto como Direito Fundamental no capítulo específico e aparece como dever do usucapiente no capítulo destinado à Ordem Econômica e Social. A relativização do Direito à Propriedade prevista no artigo 183 se faz justamente pela subutilização do imóvel por parte do proprietário e pelo caráter fundamental da moradia, dada pelo ocupante do imóvel. Assevera Sérgio Nunes de Souza que nesse caso "(...) o direito à função social se sobrepõe ao direito real" (2004, p. 129).

A incidência da função social sobre a propriedade privada é incontroversa, porém a discussão ganha outros contornos quando abordada a função social da propriedade pública. A noção de que o bem de domínio público estaria disponível à coletividade traz a ideia de que a aplicação do princípio da função social, ao menos para o caso específico da moradia, poderia ser afastada nesta hipótese.

Nesse sentido, o conceito de bem público aqui referido diz respeito apenas aos bens do Estado que não pertencem ao domínio privado da Administração Pública. Na lição de Silvio Luís Ferreira da Rocha:

> O emprego restritivo da expressão domínio público para designar-se tão-somente os bens pertencentes ao Estado, mas afetados a um fim comum ou especial, submetidos a um regime jurídico próprio, excluídos os bens pertencentes ao Estado mas não predispostos a um fim comum ou especial. (ROCHA, 2005, p. 14).

Nos parece, entretanto, que afastar a aplicação da função aos bens pertencentes "ao povo" em sentido lato, termina por subutilizar e criar barreiras para a garantia de moradia de diversas famílias. Ora, se a função social possui papel de conformar o uso privado a um interesse público presumível de um bem, não vemos razão para afastá-lo, em caráter

absoluto, da propriedade pública. No mesmo sentido entende Ferreira da Rocha (*op. Cit*, p. 124): “a nosso ver, os bens públicos também estão submetidos ao cumprimento de uma função social, pois servem de instrumento para a realização, pela Administração Pública, dos fins a que está obrigada”.

A Constituição estabelece, ainda, o dever de indenização nos casos de desapropriação, “necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social[142]”, prevendo ainda a possibilidade de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária[143] e do imóvel urbano edificado[144].

Tais hipóteses constituem a mais drástica possibilidade de intervenção pública na propriedade privada, caracterizada pela transferência do bem particular para o patrimônio público, mediante pagamento de justa e prévia indenização. Na lição de Hely Lopes Meirelles (2006, pp. 607-8), interesse social ocorre para que a propriedade seja redistribuída para melhor aproveitamento, em benefício da coletividade ou de categorias sociais que devam ser amparadas pelo Poder Estatal.

O Estatuto da Cidade, que regulamenta o texto constitucional no que diz respeito ao Direito Urbanístico, prevê ainda, em seu artigo 8º, a hipótese de desapropriação sancionadora incidente sobre imóvel urbano nos casos em que o proprietário deixa de observar por mais de cinco anos a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar adequadamente o imóvel.

A disciplina do artigo 10 do mencionado Estatuto cria o instituto da usucapião coletiva, que beneficia áreas urbanas com mais de 250 metros quadrados ocupadas por pessoas de baixa renda e utilizadas com fim de moradia. Há, entretanto, o entendimento doutrinário de que esta não se trata de uma nova categoria de usucapião, seria apenas uma extensão da usucapião prevista no artigo 183 da Constituição aplicada à uma realidade fática de ocupação coletiva (FUCCI *apud.* ROCHA, 2005, p. 102).

É possível concluir, após análise da Constituição Federal vigente, que o constituinte buscou dar proteção específica à moradia no texto constitucional, embora em alguns casos seja possível observar uma disposição maior em resguardar o ordenamento territorial urbano em detrimento ao exercício do direito à moradia. Buscaremos, a seguir, investigar de que maneira a ordem jurídica infraconstitucional, em especial o regramento

[142] CF/88, art. 5º, XXIV.
[143] CF/88, art. 184, *caput.*
[144] CF/88, art. 182, §2º.

inerente ao registro imobiliário no Brasil, garantiu ou deixou de garantir que as habitações das pessoas correspondam ao local de exercício do Direito à moradia.

3. Sistema registral imobiliário brasileiro

3.1 Formação do sistema de registro de imóveis no Brasil

O início da negociação jurídica de direitos reais no Brasil tem seu registro histórico em 1521, durante o período das ordenações do Rei Manuel I, em que tais negócios eram firmados por meio de instrumentos particulares (SOUZA, 2016). O acordo firmado entre particulares prevaleceu ainda durante as Ordenações Filipinas, que vigoraram de 1603 até a promulgação do Código Civil Português de 1867 e continuaram sendo o principal meio jurídico de transmissão de direito real mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 1916 (Idem, 2016).

Eduardo Pacheco de Souza observa que as negociações eram firmadas entre grupos familiares e, usualmente, privilegiados. Tal argumento será relevante quando analisarmos o modelo atual, comparativamente tempo histórico em que o registro público não era a regra, buscando identificar as razões que excluíam grupos não privilegiados da tutela jurídica.

A Lei Hipotecária de preferências e leilões de 20 de junho de 1774, foi também um exemplo de contratação particular de direitos reais, adotada até o advento do Decreto 482, de 1846, marco inicial do sistema registral hipotecário brasileiro. A prevalência dos instrumentos particulares em face às escrituras públicas era justificada também pela falta de estrutura dos escritórios registrais da época, bem como da distância entre as comarcas.

Até a edição do decreto 482, as então vigentes Ordenações do Reino (ou Código Filipino, art. 5º, § 1º), previam a transmissão da propriedade imobiliária pela *traditio*, conforme a tradição romana. Tal princípio encontra base também no Livro 4º, título 7º, das mesmas Ordenações, bem como no Alvará de 04 de setembro de 1810 (ERPEN; PAIVA, 2004, p. 04). O comércio e as necessidades a ele inerentes, já intensas neste período, levaram à adoção da tradição ficta, admitindo-se ainda o *constituto possessorio* (*idem, op. cit).*

A Lei 840, de 15 de setembro de 1840, previu a necessidade de escritura pública apenas para formalização dos negócios sobre bens de raiz cujo valor excedesse a duzentos mil réis (art. 11), um modelo que matinha o costume de negociação por instrumento

particular, deixando apenas imóveis de alto valor sob a necessidade registro público do ato. Cumpre ressaltar que a obrigatoriedade de registro surge visando apenas os imóveis de grande valor, lógica que se inverte diante do ordenamento jurídico atual, notadamente o texto do artigo 108 do Código Civil de 2002.

Posteriormente, foi publicada a Lei 840, de 15 de setembro de 1840, que no art. 11 regulamentou a escritura pública apenas para formalização dos negócios sobre bens de raiz cujo valor excedesse a duzentos mil réis. Em seguida, o Decreto 482, de 14 de novembro de 1846, permitiu a constituição da hipoteca por instrumento particular, no art. 7º, sendo o documento "notarizado", o que significava uma via ser arquivada no Registro Público (SOUZA, 2011).

Proclamada a república, o Governo Provisório editou o Decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890, que substituiu a lei e o regulamento hipotecário. Em maio do mesmo ano, foram publicados os Decretos n.º 169-A e 451-B, que estabelecem o registro e transmissão de imóveis pelo sistema Torrens[145], regulamentado em 05 de novembro do mesmo ano por meio do Decreto n.º 955-A (ERPEN; PAIVA, *op. Cit.*, p. 05).

O Código Civil de 1916, adotou a transcrição do título de propriedade no Registro Imobiliário comum, deixando de mencionar o sistema Torrens e criando um imbróglio em torno da revogação ou não do antigo sistema (*idem*, p. 08). Há o entendimento doutrinário de que a revogação se deu apenas em relação às partes conflitantes da legislação.

---

[145] O sistema Torrens tem origem nas colônias britânicas em 1858, criado por Sir Robert Richard Torrens, Premier da Austrália, que pretendia proporcionar segurança jurídica aos títulos das propriedades nas comunidades do *Common Law*, em especial a região Sul da Austrália, por meio da transferência simplificada de terras. À época, as propriedades apresentavam dois tipos de títulos: o direto que provinha da coroa (de característica inacatável); e o derivado, sujeito a fraudes justamente pela falta de um sistema de registro de comprovasse a titularidade dos domínios.
Torrens desejava que os títulos se desvinculassem da Coroa Britânica e, para isso, foi criado um sistema de registro central ligado à jurisdição australiana, conhecido como "matriculação", que significou o primeiro acesso ao Registro Público naquele ordenamento. O registro de propriedade em tal sistema era voluntário, porém, "uma vez realizado, o imóvel a ficava sob o sistema registral, que tem como objetivo comprovar a existência do imóvel, assim como sua localização e seus limites, atribuindo fé, portanto, ao direito do "matriculante", tornando inacatável esse direito e criando-se um título único e absoluto" (CAMPOS, 2016).
O procedimento para registro consistia na apresentação da solicitação de inscrição acompanhada de plantas, títulos e demais documentos necessários, submetidos à solicitação, com seus anexos, requisitos semelhantes ao controverso Registro Torrens rural previsto no artigo 277 e seguintes da Lei de Registros Públicos brasileira. Após o exame dos documentos, realizava-se uma publicação com todos os elementos do caso e de individualização da pessoa e da propriedade, fixando-se prazo para eventuais oposições. Em não havendo, redigia-se o certificado do Título.
Na hipótese de transferência da propriedade, o título ou certificado original era anulado e substituindo, ou, alternativamente, era feito o endosso correspondente sobre o título no Registro, o qual também podia ser entregue em penhor ou ser útil para uma hipoteca. É a inscrição que faz surgir o direito real sobre um imóvel e não o contrato. Esse sistema, como o germânico, realiza o registro à base de um fólio real para cada imóvel e em forma de extrato, e não à base da inscrição integral do título. (*idem, op. cit*).

Nas palavras de Décio Erpen e João Pedro Paiva (*op. Cit*, p. 09), "se ao registro comum competia apontar o proprietário, ao Torrens era dado outorgar a garantia de invulnerabilidade da propriedade".

Tem-se, portanto, uma tradição histórica de contratação imobiliária por instrumento particular com força de escritura pública, mantida através dos tempos como já ocorreu no revogado Código Civil de 1.916, em seu art. 134, inciso II, e ainda ocorre através do art. 108 do Código Civil vigente. A única alteração entre o revogado artigo e o texto do Código Civil de 2002 foi a fixação de um parâmetro variável para que o dispositivo não incidisse no mesmo equívoco do dispositivo anterior, que rapidamente caiu em desuso por não conseguir se amoldar às novas realidades que eram impostas como, por exemplo, a alta inflação.

3.2 Registro de imóveis na legislação vigente

O sistema registral brasileiro é classificado como constitutivo, no qual se adquire a propriedade pelo registro[146], descentralizado[147], sendo o oficial registrador profissional bacharel em Direito, dotado de fé pública para seus atos, remunerado pela parte interessada e nomeado por meio de concurso público realizado pelo Poder Judiciário, que fiscaliza seus atos, nos termos da recente Lei 8.935/94, que regula a atividade de registro.

O atual sistema de registro de imóveis brasileiro, que tem suas principais regras dispostas na Lei número 6.015 de 31 de dezembro de 1973, aplicado com diferenças conforme as legislações federais específicas e leis estaduais, exige a observância de determinados critérios para a obtenção do registro originário do imóvel, consoante veremos a seguir.

Neste ponto, abriremos espaço para uma breve conceituação do panorama normativo do sistema registral brasileiro, para que possamos à frente analisar a incidência deste sistema no exercício ao direito à moradia, amplamente analisado nos capítulos anteriores.

---

[146] Sabe-se que há exceções jurídicas para a aquisição da propriedade sem o registro, como a transmissão sucessória ou por meio da usucapião. Utiliza-se a definição de "sistema constitutivo" tendo em vista que o registro imobiliário brasileiro tem como base o registro como meio de comprovação da propriedade.

[147] O país possui cerca de 3.200 Registros de Imóveis distribuídos pelo seu território, segundo a lista de cartórios do Brasil, publicada pelo Ministério da Justilça, disponível em http://dados.gov.br/dataset/lista-de-cartorios-do-brasil (Acesso em 05/06/2016).

O primeiro ato cartorário a ser destacado neste contexto é a matrícula, que possuir a finalidade de individualizar o imóvel, identificando-o por meio de sua localização e descrição. Na matrícula são lançados o registro e averbação, que demonstram a situação jurídica do imóvel, como proprietário e eventuais ônus reais e constrições que recaíam sobre o bem.

O registro, lançado sobre a matrícula, tem o condão de declarar o proprietário formal do imóvel, cabe destacar que pode não ser este o proprietário de direito do bem, como nos casos de usucapião ainda não registrada ou mesmo de transferência por meio de herança. Em relação às hipóteses de admissão do registo, diz a Lei 6.015/73:

> Art. 221 - Somente são admitidos registro:
> I - escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros;
> II - escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação;
> III - atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal;
> IV - cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo.
> V - contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma.

A averbação é o ato que se incumbe de descrever as alterações na matrícula, tal qual o estado civil do proprietário e seu regime de bens, hipoteca, anticrese, aluguel ou outro ato jurídico que recaía sobre um determinado imóvel.

Conforme se depreende do texto legal, o Registro de Imóveis é o instrumento por excelência para operacionalizar não apenas a função social da propriedade e os outros direitos reais dela oriundos, mas sim de observar a efetivação do direito à moradia. Certamente tal tarefa não se concentra, nem poderia se concentrar, apenas na função dos registradores, contudo buscamos ressaltar a importância da etapa registral do imóvel no exercício do direito à moradia. A este respeito, ensina Passarelli (2011, p. 05):

> Por primeiro, colimando ser instrumento eficaz da "função social da propriedade", deve o Oficial Registrador ter em mente que o registro do título atende a esse fim, e não sua recusa. Noutros termos: espera-se que

> todos os títulos que versem sobre direitos reais imobiliários sejam efetivamente registrados, posto que interessa à sociedade ter publicidade plena e eficaz do tráfego imobiliário.

Tais atos registrais de competência do Poder Público no sistema nacional possuem influência direta nos procedimentos de legitimação de posse e regularização fundiária, conforme veremos no capítulo 04 do presente estudo. Importante anotar que o papel do oficial registrador, em respeito aos princípios da Administração Pública, deve ser definido por lei, de modo que um amplo entendimento dos conceitos básicos da legislação correlata é fundamental para a discussão de possíveis avanços normativos neste campo.

Neste sentido, a Constituição Federal atribui, em seu artigo 236, regulamentada pela Lei n.º 8.935/94, a competência da justiça estadual para fiscalização das atividades notariais e de registro público. Noutro passo, a Carta Magna delega ao Poder Público Municipal a tarefa de executar as políticas de desenvolvimento urbano. Desta maneira, pela desvinculação da atividade registral do Poder Municipal, tem-se um procedimento jurídico complexo e de lenta evolução.

A Lei nº 6.015/73, em seu artigo 1º diz que "os serviços concernentes aos Registros Públicos [...] para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei", esclarecendo, ainda, a Lei nº 8.935/94, artigo 1º, que os "serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos"

O registro é o meio legal de o Estado dar publicidade e garantir a existência do negócio jurídico solene que deu origem à aquisição do imóvel (SCAVONE JR, 2012). Necessário ressaltar, no entanto, que o texto legal traz exceções à exigência de escritura pública para validação jurídica do negócio entabulado em instrumento particular. Os motivos que levaram a legislação a abrir tais exceções interessam para o fim da presente pesquisa, vez que tal análise se pauta sob a ótica da finalidade do registro e sua repercussão sobre o exercício do direito à moradia.

A legislação prevê hipóteses em que a escritura pública para a validade de negócio jurídico é prescindível, nos seguintes casos: (i) compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Lei nº 6.766/79, art. 26 (urbano); e art. 7º, Dec. Lei 2.375/87 (rural)), (ii) a venda e compra de imóvel de qualquer valor com financiamento mediante a contratação da alienação fiduciária em garantia, (iii) o mútuo com alienação fiduciária em garantia imobiliária, nos termos do SFI (Lei nº 9.514/97, art. 22, parágrafo único e artigo 38),

a compra e venda de imóvel de qualquer valor com financiamento do SFH (art. 1º da Lei nº 5.049/66, que alterou o art. 61 da Lei nº 4.380/64), além do negócio jurídico envolvendo imóvel de valor igual ou inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, consoante lição do artigo 108 do Código Civil (COSTA, 2006).

O parágrafo 5º do artigo 61 da Lei nº 4.380/64, preceitua que:

> Os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro de Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente Lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil, atribuindo-se o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, aos contratos particulares firmados pelas entidades acima citados (sic) até a data da publicação desta Lei.

A norma estabelece, portanto, que o instrumento particular possui as prerrogativas jurídicas da escritura pública na formalização de negócios imobiliários. Novamente, o legislador busca alternativas ao modelo registral como forma de agilizar o acesso ao direito à moradia, no caso de contratos formalizados por meio do Banco Nacional de Habitação. O relato de Luiz Ribeiro Gomes (*idem*) elucida a intenção governamental com a criação do BNH e SFH:

> Procurou o Chefe Supremo da Nação estudar um plano que instituído acabasse de uma vez por todas com o sistema improvisado, explorativo e demagógico de habitação, (...), pondo fim ao método anterior, cuja finalidade é proporcionar a casa própria àqueles que, não possuindo recursos, possam adquirir abrigo condigno para seus familiares, pelo sistema financeiro a curto, médio e longo prazo em prestações mensais (GONÇALVES, 1965, pp. 9-10).

A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel dispondo sobre o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), promoveu o financiamento de imóveis em geral em seu art. 1º. O texto publicado vai ao encontro do disposto na Lei do SFH, atribuindo aos negócios imobiliários por meio de instrumento particular a validade jurídica da escritura pública:

> Art. 38: os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser

> celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

Outras hipóteses legais de prescindibilidade da escritura pública para a validade do negócio jurídico estão na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (art. 26 da Lei nº 6.766/1979); o art. 7º do Decreto Lei 2.375/1987, que dispõe sobre Terras Públicas; o art. 8º da Lei 10.188/2001, que estabelece sobre o Programa de Arrendamento Residencial; e o art. 48 da Lei 10.257/2001 que regulamenta a Política Urbana, conforme pode-se verificar:

> "Art. 26. [...]
> § 3o Admite-se, nos parcelamentos populares, a cessão da posse em que estiverem provisoriamente imitidas a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas entidades delegadas, o que poderá ocorrer por instrumento particular, ao qual se atribui, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando a disposição do inciso II do art. 134 do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.785, de 1999)
> **Art. 7º.** Os termos, contratos e títulos, expedidos pela União, pelos Estados, Municípios, Territórios, ou entes de sua administração descentralizada, que se destinem a instrumentalizar a alienação, concessão, arrecadação ou o reconhecimento de domínio sobre terras públicas rurais, terão, para todos os efeitos, valor e eficácia de escritura pública.
> Art. 8º. O contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse e as promessas de cessão, bem como o contrato de transferência do direito de propriedade ou do domínio útil ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados em Cartório de Registro de Imóveis competente. (Redação dada pela Lei nº 10.859, de 2004)
> Art. 48. Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, os contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos:
> I – terão, para todos os fins de direito, caráter de escritura pública, não se aplicando o disposto no inciso II do art. 134 do Código Civil; [...]"

Constrói-se a partir de então duas categorias distintas de negócios jurídicos imobiliários: os que necessitam de escritura pública para que tenham validade jurídica e os que não necessitam de tal requisito, por opção legislativa as quais nos debruçaremos, especialmente em relação às de imóveis de menor valor[148].

Notadamente, há no meio jurídico críticas à desformalização do negócio jurídico que envolva direitos reais, pois é possível que tal modificação acarrete na verdade uma

[148] Neste contexto, nos referiremos aos imóveis de valor até trinta salários mínimos desta forma.

alteração de agentes (de tabeliães para advogados) e uma suposta diminuição da segurança jurídica do negócio. Eventual simplificação da formalidade registral envolve, sem dúvida, pontos como forma de financiamento de um novo sistema (público, privado ou misto), padrões de honorários profissionais a serem cobrados e a responsabilidade civil por danos, questão controversa mesmo no modelo atual.

Quanto ao argumento de alteração de agentes, entendemos que o serviço advocatício é, por vezes, mais oneroso ao cidadão que o serviço notarial, porém é necessário ressaltar que o escopo do presente estudo é a desoneração da camada menos favorecida como via de implementação do direito à moradia, função que deve ser cumprida pelo Estado.

Em que pese a discussão acerca da imprescindibilidade do registro ser pautada por uma eventual disputa de mercado, a ótica abordada no presente estudo limita-se aos efeitos do sistema atual a uma parcela de moradores que não exerce plenamente o direito à moradia em razão de limitações formais acarretadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As transformações legislativas caminham no sentido de manter a tradição cartorária estabelecida no país, paralelamente ao esforço de retirar dos tribunais o protagonismo na discussão de regularização de propriedade. Análise legislativa voltada para os regramentos de regularização fundiária[149] fortalecem o argumento de que o meio administrativo é visto como alternativa estatal para viabilizar os instrumentos de legitimação de posse e regularização fundiária.

[149] Vide Capítulo 04.

4. O registro de imóveis e o exercício direito à moradia

4.1 Políticas públicas de acesso à moradia

No início do século XX, o modo de enfrentamento da ocupação desordenada do território urbano pelo Estado brasileiro era dotado de forte característica higienista. Inspirado na experiência francesa, as políticas públicas urbanísticas à época tinham como mote a saúde coletiva, e visavam a prevenção da proliferação de doenças com a destruição de ocupações urbanas desordenadas que representassem foco de contaminação (LAUERMANN; WIENKE, 2016, p. 03).

Nesse sentido, as políticas públicas de ordenamento territorial nas grandes metrópoles, em especial Rio de Janeiro e São Paulo, centralizavam suas ações nos centros urbanos em detrimento às periferias e regiões de moradores menos favorecidos. Tal cenário perdurou por várias décadas.

Observa-se, com frequência, que a história da legislação urbanística no Brasil tem grande vinculação com a otimização e maximização dos empreendimentos imobiliários, em detrimento de uma possível inclusão de segmentos fora do mercado (*idem*, p. 07).

A partir do período pós-guerra, a política urbana se voltou ao objetivo de prover moradias ao grande contingente que se deslocava dos campos rumo às metrópoles. Tais políticas tinham um caráter essencialmente financeiro, não necessariamente ordenador. Cite-se como exemplo o Sistema Financeiro de Habitação, criado pela Lei 4.380 de 1964, durante o Governo de Castello Branco. Penalva Santos (2012, p. 97) aponta as razões para o fracasso desta política pública:

> O principal instrumento do planejamento urbano no regime militar foi o Banco Nacional de Habitação (BNH), instituído em 1964 e extinto em 1986. Planejado para oferecer crédito para financiamento da moradia popular, o BNH rapidamente se transformou em instrumento de expansão imobiliária apropriado pela classe média. Deixou, portanto, de cumprir o seu principal objetivo: viabilizar a produção da moradia popular. Nessas condições, a população pobre continuou ocupando espaços "vazios", principalmente localizados no entorno das áreas urbanas, esgarçando o crescimento urbano e tornando mais dispendiosa a implantação da infraestrutura urbana.

No período da redemocratização, os movimentos sociais que reivindicavam o direito à moradia contribuíram para uma mudança de paradigma, especialmente na abordagem constitucional da matéria. Conforme tratado no capítulo específico sobre o aspecto constitucional desta discussão, a Carta Magna passou a trazer elementos expressos

de garantia do direito à moradia, inclusive no que diz respeito ao planejamento urbano, e, posteriormente, passou a ostentar o direito à moradia em seu rol de direitos fundamentais.

Na história recente, as políticas públicas federais de acesso à moradia no Brasil são voltadas tanto para o aspecto financeiro quanto às políticas de regularização de moradias existentes. Conforme veremos adiante, ao tratarmos especificamente da regularização fundiária, tal fato está intrinsicamente ligado à tentativa estatal em manter a organização territorial, em especial a urbana, sob sua tutela.

Em março de 2009, período de crise econômica do setor imobiliário norte-americano, o Governo Lula lançou o Programa Nacional de Habitação, conhecido como Minha Casa Minha Vida, por meio da edição da Lei n. º 11.977/09. O programa original previa garantir um milhão de moradias para famílias com renda de até dez salários mínimos, ao custo total de 34 bilhões de reais. A norma trazia também importantes dispositivos relativos à regularização fundiária – e por este motivo é também conhecida como Lei Geral da Regularização Fundiária –, como a definição das Zonas Especiais de Interesse Social, que abordaremos adiante.

O Programa Nacional de Habitação demonstrou similaridades com o Sistema Financeiro de Habitação, lançado durante a ditadura militar, e que tinha como cerne o Banco Nacional de Habitação e a utilização do FGTS para financiamento dos imóveis. Marcam esses programas o aspecto mercadológico da moradia, pois possuem um condão de fortalecer paralelamente o setor de construção imobiliária e demais áreas econômicas correlatas (HIRATA, 2009, p. 04).

Obviamente, pressupõe-se que o governante pretende maximizar a eficácia da política ao mais amplo espectro social possível. Porém, a nosso ver, no caso específico da política urbana para habitação, as referidas políticas depositam no sistema financeiro a responsabilidade de solucionador dos déficits habitacionais, ignorando aspectos práticos dos casos.

Diferentemente dos exemplos de sistemas de financiamento citados, o Estatuto da Cidade trouxe uma disciplina mais programática do ponto de vista de organização territorial urbana e formas alternativas de garantir o direito à moradia. Os mencionados artigos 9º e 10 da referida norma[150] criaram hipóteses de usucapião aplicáveis aos imóveis urbanos e ocupações coletivas. Tais modalidades de usucapião são decorrência da emenda

[150] Vide capítulo 2.2, Direito à Moradia e a Constituição de 1988.

n.º 26 da Constituição Federal, pois possuem caráter específico em prol da moradia (MALUF; MALUF, 2011, p. 89).

A Lei 11.977/2009, conhecido também como marco legal da regularização fundiária no Brasil, trouxe dois instrumentos que buscam garantir celeridade aos processos de desapropriação e regularização de terras ocupadas para habitação de interesse social: demarcação urbanística e legitimação de posse. O texto normativo também definiu legalmente as Zonas Especiais de Interesse Social ZEIS e os procedimentos administrativos para a regularização fundiária

A regulamentação das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), no âmbito do Estatuto da Cidade, é considerada também um avanço no aspecto de implementação de políticas públicas de moradias, pois abrange a destinação de vazios urbanos e imóveis não utilizados para habitação de interesse social. Neste sentido, entende Marise Duarte (2010, p. 110), que as ZEIS representam

> (...) o estabelecimento de um regime jurídico especial de urbanização e regularização fundiária, dando concretude ao novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988 e consolidado pelo Estatuto da Cidade no tratamento dos assentamentos informais.

No contexto dos grandes eventos esportivos sediados pelo Brasil na última década, como os Jogos Pan-Americanos de 2007, a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e os iminentes Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro em 2016, o Estado teve de enfrentar a questão do direito à moradia.

Há diversos registros da imprensa[151] no sentido de que milhares de famílias foram removidas no âmbito destes programas, fato que ilustra o fato de o ordenamento jurídico ainda permite a relativização do conceito de função social em hipóteses incidentes diretamente sobre o direito à social à moradia. Neste campo, a discussão a respeito do interesse social envolvido nestas medidas seria objeto de uma longa discussão, a qual não nos cabe no presente contexto. Tal cenário, de todo modo, evidencia a aplicação prática da análise que ora fazemos.

Nota-se que as políticas de ordenamento urbano nem sempre foram executadas em consonância com o direito à moradia. Embora seja possível observar décadas de políticas

---

[151] "Copa provocou remoção de 10,8 mil famílias, diz ministro". Disponível em: https://esportes.terra.com.br/futebol/copa-2014/copa-provocou-remocao-de-108-mil-familias-diz-ministro,01485caa69227410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.html. Acesso em 15/06/2016.

equivocadas neste sentido, ressaltamos avanços recentes em especial na legislação federal, como a legitimação de posse e a demarcação urbanística trazidas no bojo da Lei n. 11.977/2009.

Ainda são necessários, contudo, maior diálogo entre os agentes envolvidos neste processo, juristas, legisladores, agentes públicos e população, para que se viabilize a aplicação de medidas no sentido de efetivar o exercício do direito à moradia. Tais mudanças fazem sentido especialmente no âmbito legislativo estatal e municipal, que devem também caminhar para a desjudicialização dos processos de regularização, de modo a dar celeridade à garantia dos direitos fundamentais dos moradores.

4.2 Regularização fundiária sob a ótica registral

O conceito legal de regularização fundiária, trazido pelo artigo 46 da Lei n.º 11.977/2009, define o instituto como o "conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

O texto normativo aponta dois objetivos da regularização fundiária, quais sejam, a própria regularização dos assentos irregulares e a titulação de seus ocupantes. Tais medidas visam garantir o direito social à moradia, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal, conforme amplamente abordado anteriormente. Tem-se, portanto, neste dispositivo, legalmente traçada a vinculação entre a titulação do domínio, competência de âmbito registral, e a garantia do direito à moradia.

O registro imobiliário no contexto de regularização se presta a dar publicidade e conferir eficácia e segurança jurídica à uma moradia até então marginalizada pelo Poder Público, até mesmo em casos em que estivesse plenamente consolidada e agregada à cidade. Corrobora com este entendimento a assertiva de Passarelli (*op. Cit.,* p. 06):

> Por tudo que ficou dito até aqui, defendemos que a retificação do registro imobiliário, para muito além de atender apenas aos interesses individuais do proprietário, é absolutamente indispensável para que Registro de Imóveis cumpra, também, a sua função social, que é de emprestar publicidade, autenticidade e segurança jurídica ao tráfego imobiliário, fonte de produção e circulação de riquezas para a sociedade, além de disponibilizar o "espelho" do status juris do imóvel, possibilitando que *ictu oculi* qualquer interessado esteja plenamente instrumentado, com uma

simples certidão atualizada, para tomar as decisões ou providências que exigem informação plena e segura.

A norma prevê expressamente quatro tipos de regularização fundiária, sendo o primeiro deles a regularização fundiária de interesse social, forma mais comum de aplicação do instituto, disciplinada pelos artigos 53 a 60-A da Lei n.º 11.977/2009. De competência municipal, a medida é destinada à regularização de imóveis urbanos, públicos ou privados, ocupados de forma consolidada e irreversível, por população de baixa renda, predominantemente para moradia.

O segundo tipo de regularização fundiária prevista na Lei é denominada de interesse específico, conforme redação dos artigos 61 e 62 do marco legal, e possui como objeto parcelamentos de solo surgidos sob a vigência da Lei de Parcelamento do Solo (Lei n.º 6.766/1979), e que mantiveram-se em situação de irregularidade perante o Registro de Imóveis.

O artigo 71 da Lei n. 11.977/2009, prevê uma espécie inominada de regularização, destinada a antigos loteamentos surgidos anteriormente a 19/12/79, na vigência da legislação anterior à atual Lei de Loteamentos (Lei n. 6.766/1979), e possui como requisito a integração do parcelamento à cidade e que sua implantação esteja concluída.

Por fim, a Lei n. 11.481/2007 prevê a possibilidade de regularização fundiária de interesse social em imóveis públicos, a ser realizada em imóveis do patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sob o meio jurídico de concessões de uso especial para fins de moradia, exclusivamente por população de baixa renda para garantia do exercício do direito à moradia.

As alterações da Lei 10.931/2004 e da Lei 12.424/2012 na Lei de Registro Públicos representaram passos importantes legislação federal no sentido de simplificar o registro de regularização fundiária e retirar tais procedimentos do âmbito do Poder Judiciário.

O profissional registrador possui importante papel no contexto da regularização fundiária, especialmente no procedimento de legitimação de posse, importante instituto trazido pelo artigo 47, IV, da Lei Geral de Regularização Fundiária, que define a legitimação como “ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse”.

O modelo de organização urbana nacional optou por tornar a regularidade urbanística do "empreendimento" requisito para obtenção do título e individualização do imóvel, para que então possa ser objeto jurídico de alienação[152]. O entendimento adotado visa evitar a ocupação desenfreada do solo urbano de maneira não planejada pelo Poder Público. Presume, portanto, que a tutela estatal ou os meios de controle da Administração Pública possuem o condão de ordenar a ocupação de maneira mais eficaz que a iniciativa de particulares.

Ressalte-se, nesta seara, que a ocupação irregular do solo urbano possui efeitos diversos, alvos de preocupação do Poder Público, tais como sistema viário, impactos estruturais no solo, como erosão e alagamentos, assoreamento de rios, lagos e mares; ausência de espaços públicos para implantação de equipamentos públicos; uso de mananciais de abastecimento de água e do lençol freático (CARVALHO PINTO, 2003, p. 03).

A situação de falta de infraestrutura para famílias que pretendem exercer seu direito à moradia em áreas não reconhecidas pelo Estado como destinadas à moradia[153] é geralmente agravada pelas travas legislativas destinadas a garantir uma ocupação territorial urbana ordenada. Tem-se como regra uma situação de provisoriedade da moradia irregular, causadora de insegurança jurídica e permanente obstáculo do pleno gozo do direito à moradia por parte destes moradores.

Ocorre, por vezes, uma inversão da função do Direito Urbanístico como provedor de garantias de acesso aos equipamentos públicos pelo cidadão para o tornar um obstáculo à regularização das moradias em áreas habitadas por populações de situação social desfavorecida – e que veem agravada esta situação em razão de entraves legais instransponíveis.

Neste contexto, observam Lauermann e Wienke (2016, p. 08):

> A lei federal nº 6.766/79, conhecida como "Lei de Parcelamento do Solo Urbano", contribuiu para que o cenário da informalidade não se transformasse, dificultando ainda mais o acesso à terra legal, barata e urbanizada aos mais pobres. Esta lei favoreceu também a desqualificação espacial e o agravamento do quadro de irregularidade fundiária do país, na

[152] Tal entendimento é corroborado a partir da leitura dos artigos 288-A e seguintes da Lei de Registros Públicos, que especificam os inúmeros requisitos para a realização da regularização fundiária de áreas urbanas. A este respeito, também, vide artigo 71 e seguintes da Lei do Minha Casa Minha Vida (Lei 11.911/2009), bem como a Lei n.º 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

[153] Pesquisa do IBGE de 2001 demonstrava que 100% das cidades com mais de 500 mil habitantes possuíam assentamentos irregulares, enquanto o número era de 80% nas cidades entre 100 mil e 500 mil. Mesmo nos municípios com menos de 20 mil habitantes, os assentamentos informais apareciam em mais de 30% dos casos.

> medida em que foi pensada, sobretudo, a partir da atividade econômica de parcelar o solo urbano para a produção de lotes no mercado formal.
> O artigo 3º da lei, por exemplo, estabelecia a vedação ao parcelamento do solo em áreas de intensa declividade e em áreas ambientalmente protegidas. Este artigo "foi largamente ignorada por loteadores do solo, que implantaram vários loteamentos nessas áreas, o que impedia as suas aprovações pelo poder público e, consequentemente, seus registros.

Observa-se neste caso um contrassenso entre a destinação das normas de ocupação territorial e a situação fática posta, em que famílias hipossuficiente economicamente ocupam áreas sem a permissão do Estado e, justamente pela falta de regularização, ficam privadas de receberem direitos inerentes ao exercício da moradia, como saneamento básico e acesso à energia elétrica.

A limitação ao pleno gozo do direito à moradia é juridicamente evidenciada pela falta de um registro imobiliário reconhecido perante o Estado que permita a estes moradores que reivindiquem a prestação de serviços urbanos básicos de infraestrutura, bem como possam dispor de suas moradias de maneira integral, o que inclui poder transferi-las legalmente.

A titulação da propriedade significa para o morador a segurança para efetivar o exercício da moradia em sua amplitude. A informalidade registral, obviamente, se concentra nas parcelas sociais menos favorecidas, pois o cidadão se vê entre a necessidade de habitar uma moradia irregular ou não ter condições de arcar com os custos de uma moradia que cumpra as normas.

Os obstáculos legais à obtenção do registro em áreas irregulares acabam gerando uma especulação imobiliária em torno da mera regularização dos imóveis, procedimento tão rígido e demorado que termina sendo moeda de troca e de natural valorização das áreas que ultrapassam as inúmeras exigências normativas para obtenção do registro.

Portanto, no contexto de regularização fundiária e, em última análise, para o exercício do direito à moradia, o registro é elemento fundamental. A legislação federal avançou recentemente em diversos aspectos no sentido de conceder ao procedimento de registro de regularização fundiária um caráter geral e único, bem como reconhece-lo como procedimento administrativo notarial por excelência, uma vez que a via judicial era buscada como alternativa para regularização em muitos casos.

5. Considerações finais

O presente estudo abordou diversos aspectos confluentes entre diferentes áreas do direito, na busca por elucidar de que modo o sistema de registro de imóveis dialoga com o exercício do Direito à Moradia, consagrado no rol de direitos sociais da Constituição Federal por meio da emenda número 26, de 2000.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, observa-se uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao direito urbanístico. O fortalecimento da aplicação da função social da propriedade e o desenvolvimento de meios de regularização que alcançassem as populações carentes evidenciam a orientação normativa neste sentido.

O papel do registrador imobiliário neste contexto, dentro dos limites e princípios legais estabelecidos, demonstra-se fundamental, pois a publicidade e segurança jurídica conferidas pelo título do domínio configuram formas de assegurar a função social da propriedade e o próprio exercício do direito à moradia.

Observa-se que a participação social neste contexto possui extrema relevância, e é possível concluir que a atuação estatal deve se dar não apenas de maneira tecnocrática, opção que demonstra valorização dos setores de construção civil em detrimento às ocupações consolidadas, que devem ser analisadas conforme o contexto da cidade em que se inserem.

Nesse sentido, o sistema de registro imobiliário brasileiro e a legislação que o ordena devem avançar no sentido de garantir a aplicação da orientação constitucional no sentido de observância da função social da propriedade e do direito à moradia como direito social. Destacou-se algumas alterações normativas que contribuíram para tal aplicação, porém há, como pudemos ver, obstáculos normativos a serem reparados e ajustados às realidades que convivem com um grande déficit habitacional.

6. Bibliografia

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Breves Anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais.** São Paulo: Saraiva, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1993.

CAMPOS, Maria Elena Luna. **Evolução histórica dos sistemas registra**is. Disponível em http://www.irib.org.br/obras/evolucao-historica-dos-sistemas-registrais. Acesso em 02/06/2016.

CARVALHO PINTO, Victor. **Ocupação Irregular do Solo Urbano: O Papel da Legislação Federal**. Publicado em 2003. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137/38.pdf?sequence=4. Acesso em 07/06/2016.

CENEVINA, Walter. **Comentários à Lei de Registros Públicos.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CHALHUB, Melhim Namen. **Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

________________________. **Função Social da Propriedade**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf. Acesso em 28/05/2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A função social da propriedade dos bens de produção.** Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Salvador: PGE-BA, 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DUARTE, Marise Costa de Souza, DUARTE JR., Ricardo. **A questão da justa indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública (megaeventos esportivos): uma discussão a partir do direito fundamental à moradia, do direito à cidade e do princípio da dignidade humana.** *In* Revista de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 195-221, abr./jun. 2012.

ERPEN, Décio Antônio e PAIVA, João Pedro Lamana. **O registro Torrens Brasileiro e o Sistema Imobiliário Atual.** XVIII Encontro do Comitê Latino Americano de Consulta Registral, 2004.

HOLZ, Sheila e MONTEIRO, Tatiana Villela de Andrade. **Política de Habitação Social e Direito à Moradia no Brasil.** Disponível em http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/158.htm. Acesso em 28/05/2016.

JELINEK, Rochele. **O Princípio Da Função Social Da Propriedade E Sua Repercussão Sobre O Sistema Do Código Civil.** Porto Alegre: 2006. Disponível em http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf. Acesso em 25/06/2016.

LAUERMANN, Renata Tcatch; WIENKE, Felipe Franz. **Reconhecer Para Integrar: As Zonas Especiais De Interesse Social Como Um Instrumento Para A Efetivação Do Direito À Moradia.** Disponível em: http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/33564-43504-1-PB.pdf. Acesso em 05/06/2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana C. do R. Freitas Dabus. **Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. **Direito à moradia adequada – perspectivas de efetivação como direito humano fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Direito à moradia e de habitação.** 3ª ed. Rev. Atual. E Ampliada. Brasília: Revista dos Tribunais.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia.** Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

PASSARELLI, Luciano Lopes. **Retificação Do Registro De Imóveis, Regularização Fundiária E As Zonas Especiais De Interesse Social (ZEIS).** *In.* Doutrinas Essenciais de Direito Registral, vol. 6. 2011.

PENALVA SANTOS, Angela Moulin S. **Planejamento urbano: para quê e para quem?** *In* Revista de Direito da Cidade, vol.04, nº01. 2012.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade Pública.** São Paulo: Malheiros, 2005.

ROLNIK, Raquel. **A Construção de uma política fundiária e de planejamento urbano para o país: avanços e desafios.** Disponível em: http://hdl.handle.net/11058/4507. Acesso em 23/05/2016.

SARLET, Ingo**. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo, e possível eficácia.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito imobiliário – Teoria e Prática**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1981.

A COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A DEMOCRACIA NO BRASIL: O CANAL DA CIDADANIA E A GARANTIA DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

PUBLIC COMMUNICATION AND DEMOCRACY IN BRAZIL: CITIZENSHIP CHANNEL AND THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO COMMUNICATE

Octavio Penna Pieranti[154]

Lucas Borges de Carvalho[155]

Resumo

Este artigo tem, por objetivo, situar a criação do Canal da Cidadania, previsto na regulamentação do Sistema Brasileiro de TV Digital, no contexto de desenvolvimento do sistema público de radiodifusão, previsto na Constituição Federal. Demonstra-se que tanto o canal, quanto o sistema público de radiodifusão estão intimamente vinculados à garantia do direito à comunicação e, consequentemente, à própria democracia brasileira. Para atingir este objetivo, o artigo discute os conceitos de democracia e direito à comunicação; aborda a constituição dos sistemas público e estatal de radiodifusão, definidos como complementares ao sistema privado; narra a história da TV Digital no país, desde o processo decisório de escolha do sistema; e apresenta o Canal da Cidadania como espaço público para a manifestação da comunidade e do Poder Público, estabelecendo-se sua vinculação com o direito à comunicação e com a democracia.

Palavras-chave: Canal da Cidadania; TV Digital; Direito à comunicação

Abstract

This article's objective is to place the creation of the Citizenship Channel, mentioned in the regulation of the Brazilian Digital TV System, in the context of development of the public broadcasting system, mentioned in the Federal Constitution. It is shown that both the channel and the public broadcasting system are closely linked to the guarantee of the right to communicate and, consequently, the Brazilian democracy. To achieve this goal, the article discusses the concepts of democracy and the right to communicate; debates the formation of public and state-owned broadcasting systems, defined as complementary to the private system; tells the story of Digital TV in the country since its decision-making process; and presents the Citizenship Channel as a public space for the manifestation of the community and the Government, establishing a connection with the right to communicate and democracy.

Keywords: Citizen's Channel; Digital TV; Right to communicate

---

[154] Doutor em Administração e Mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getulio Vargas (Ebape/FGV) e bacharel em Comunicação Social/Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: octavio.pieranti@gmail.com

[155] Doutor em direito pela Universidade de Brasília (UnB) e mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador Federal da AGU. E-mail: lucasbcarvalho@gmail.com

Introdução

Em 2006, surgia a previsão normativa de um novo canal na televisão brasileira – o Canal da Cidadania. Ele nascia junto com o Sistema Brasileiro de TV Digital, também previsto no mesmo decreto. Seis anos depois, o funcionamento do canal era regulamentado; o sistema, por sua vez, estava bem mais avançado, viabilizando transmissões digitais nas maiores cidades do país.

A demora na implantação do novo Canal da Cidadania era compatível com a própria trajetória dos sistemas público e estatal de radiodifusão, nos quais ele se insere, como se procurará apresentar neste artigo. Afirmados pela Constituição Federal em 1988, esses sistemas viviam de experiências anteriores, nem sempre exitosas ou articuladas, enquanto o sistema privado se consolidava desde os primeiros anos da radiodifusão no Brasil.

Este artigo tem, por objetivo, situar a criação do Canal da Cidadania no contexto de desenvolvimento de um sistema público de radiodifusão que está intimamente vinculado à garantia do direito à comunicação e, consequentemente, à própria democracia brasileira.

Para atingir este objetivo, o artigo relaciona, na seção seguinte, os conceitos de democracia e direito à comunicação; a seguir, aborda a constituição dos sistemas público e estatal de radiodifusão; trata do histórico da TV Digital no Brasil, desde o início dos testes para a definição do sistema a ser adotado; e, por fim, apresenta o Canal da Cidadania como um espaço para a manifestação da comunidade e do Poder Público, destacando-se a relação entre o novo canal e a garantia do direito à comunicação, bem como os principais desafios a serem enfrentados no processo de sua implementação.

Democracia e direito à comunicação

Poucos questionariam a assertiva de que os meios de comunicação exercem papel relevante nas democracias contemporâneas. E assim é por que esses meios, dada a sua ampla penetração social, detêm o poder de pautar a agenda pública de discussões, de influenciar a opinião pública e de conferir visibilidade a determinados assuntos e grupos sociais em detrimento de outros.

Tamanho poder suscita, ao menos, duas questões essenciais. A primeira, a respeito da relação que se estabelece entre os meios de

comunicação e a democracia, posto que, muito além de um *meio*, no sentido estrito de ponte ou veículo de transmissão de mensagens entre emissor e receptor, o que se tem é a própria constituição e conformação do espaço público. Como explica Eugênio Bucci, em análise sobre a TV no Brasil:

> "A televisão não mostra lugares, não traz lugares de longe para muito perto – *a televisão é um lugar em si*. [...] O lugar da TV, ou melhor, a TV como lugar, nada mais é do que o novo espaço público, ou uma esfera pública expandida. [...] Às vezes, tenho a sensação de que, se tirássemos a TV de dentro do Brasil, o Brasil desapareceria. A televisão se tornou, a partir da década de 1960, o suporte do discurso, ou dos discursos que identificam o Brasil para o Brasil. Pode-se mesmo dizer que a TV ajuda a dar o formato da nossa democracia" (BUCCI, 2004, p. 31-32).

Daí se poder afirmar, seguindo Luis Felipe Miguel (2003), que a TV constitui uma esfera privilegiada de representação política, por meio da qual se definem os temas que integram a agenda pública de debates, formam-se preferências, expõem-se as mais diversas concepções e visões de mundo e se realizam os debates públicos, com impacto direto sobre os fóruns institucionais de deliberação pública.

No entanto, o acesso a essa esfera de representação política é tolhido por inúmeras barreiras, principalmente de natureza econômica e simbólica, que minam o pluralismo e obstam a participação e expressão de determinados interesses e opiniões, notadamente aqueles associados a grupos sociais minoritários. O que nos leva a uma segunda questão essencial: quem controla os meios de comunicação?

O problema a ser enfrentado é o de que, nas sociedades contemporâneas, o controle sobre os meios de comunicação é cada vez mais concentrado por grandes grupos econômicos. Nesse contexto, a regulação sobre os meios de comunicação não pode, simplesmente, basear-se em uma concepção liberal de liberdade de expressão, cujo foco central era a proteção dos indivíduos frente ao arbítrio do Estado. Embora ainda permaneça necessária, essa proteção é insuficiente, dado que muitas – e, em certas situações, as principais – ameaças à formação de um espaço público aberto e

plural provêm dos grandes conglomerados de mídia e de seus interesses comerciais (THOMPSON, 1998, p. 206-211).

A ideia de direito à comunicação surge, justamente, como complemento ao conceito liberal de liberdade de expressão, consagrando, no linguajar jurídico, demandas por uma maior descentralização do poder, do acesso e do controle sobre os meios de comunicação de massa. O termo foi utilizado pela primeira vez por Jean d'Arcy, em um artigo publicado no final da década de 1960, no qual discutia as transformações e os desafios suscitados pelas transmissões diretas por satélite.

No artigo em questão, o autor expressava, por um lado, otimismo quanto às novas possibilidades tecnológicas, as quais permitiriam transcender as fronteiras nacionais, mediante a formação de uma opinião pública global e a ampliação da oferta de conteúdos e dos direitos de escolha dos telespectadores. De outro lado, ao ponderar que "quem controla as comunicações efetivamente controla a sociedade", destacava os desafios da regulação sobre as novas tecnologias, apontando a necessidade de cooperação internacional e de criação de novas instâncias globais de discussão e deliberação, com o fim de evitar qualquer "tentativa unilateral de dominação" e salvaguardar "os interesses do público e a livre circulação da informação" (D'ARCY, 1969).

Revendo o artigo sob o olhar do século XXI, não faltam motivos para o ceticismo – ou, talvez, para o pessimismo – quanto às possibilidades abertas pelas novas tecnologias da informação. Não obstante, permanecem atuais os desafios pontuados pelo autor em torno da garantia do direito à comunicação e da necessidade de serem estruturados mecanismos de regulação que promovam e ampliem o pluralismo e a livre circulação da informação no âmbito dos meios de comunicação e da TV em particular.

Tais afirmações são válidas especialmente para o caso do Brasil, onde poucas inovações legais e políticas públicas foram implementadas visando à efetiva garantia do direito à comunicação como forma de contrabalançar um cenário marcado pelos escassos limites impostos pela regulação à concentração econômica e à propriedade cruzada. De acordo com Valério Cruz Brittos e Marcelo Schmitz Collar:

> “Ainda que o fenômeno seja inerente ao capitalismo global, no Brasil, em particular, a concentração da propriedade da indústria midiática é assustadoramente desigual, sobretudo no caso da televisão, em especial quando considerado o sistema de rede, em que um conjunto de emissoras distribui um mesmo conteúdo, programado majoritariamente por um único centro. [...] A reversão desse quadro seria facilitada por mecanismos que conferissem ao titular do direito a prerrogativa de se expressar publicamente. Tal prerrogativa deveria ir além do simples direito de obter informação e de livre expressão, garantindo o acesso aos meios de comunicação, bem como condições técnicas para a produção e veiculação das informações” (BRITTOS; COLLAR, 2008, p. 71-72).

Dessa maneira, complementando a concepção tradicional de liberdade de expressão, o direito à comunicação expressa pretensões de justiça que reclamam pela superação dos obstáculos que impedem o acesso ao espaço público constituído pelos meios de comunicação. Põe-se em causa, aqui, não apenas a proteção de indivíduos em face do Estado, mas, principalmente, os efeitos decorrentes da concentração econômica sobre o pluralismo e a representatividade política no âmbito dos meios de comunicação.

É frente a esse cenário que se coloca a importância da formação dos sistemas público e estatal de radiodifusão no país, previstos na Constituição Federal, nos quais se insere o Canal da Cidadania. Na medida em que financiados, em grande parte, com recursos públicos e vinculados de forma mais estreita a finalidades educativas e culturais, além de não contar com a pressão de imperativos econômicos, tais como a lógica do lucro e a busca incessante por audiência e anunciantes, essas emissoras podem constituir um espaço público alternativo, no qual outras vozes e visões de mundo possam ganhar visibilidade e expressão pública.

Os sistemas público e estatal de radiodifusão no Brasil

Entre as mais significativas inovações da Constituição de 1988 no que concerne à regulação das comunicações, está o princípio da complementaridade entre os sistemas privado, público e estatal de radiodifusão, conforme previsto em seu art. 223. Vale destacar que os serviços de radiodifusão compreendem o

rádio e a chamada TV “aberta”. Quais são a relevância e o alcance do novo princípio constitucional?

Sob o ponto de vista histórico, pode-se dizer que o princípio da complementaridade foi inspirado em norma similar existente na área de educação – em particular quanto à classificação das escolas em públicas, privadas e comunitárias – e tinha por objetivo “corrigir o inquestionável desequilíbrio histórico existente entre esses sistemas, com a óbvia hegemonia do sistema privado”. (LIMA, 2011, p. 95).

De fato, mesmo nos períodos de franco autoritarismo, como durante a ditadura militar, e à diferença de outros setores econômicos relevantes, submetidos a monopólio estatal (como os de telecomunicações e energia antes das privatizações), os negócios das principais emissoras comerciais floresceram constante e livremente, sem concorrência significativa de emissoras públicas ou estatais. Com poucas alterações, entre elas incluída a criação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC, empresa coordenadora das iniciativas de comunicação pública no âmbito federal, o cenário permanece o mesmo até os dias atuais. (CARVALHO, 2013).

Nesse sentido, ao contrário do modelo europeu, no qual predominou a noção de serviço público de radiodifusão, a ser assegurado pelo Estado e vinculado a finalidades educativas e culturais, no Brasil, a radiodifusão se estabeleceu como um negócio predominantemente privado. Tanto sob a ótica da prestação direta do serviço quanto da efetiva regulação, a participação estatal sempre foi reduzida, ressalvados a imposição da censura, o estrito controle sobre a distribuição das outorgas, a gestão do espectro e o aparato de fiscalização, com atividade disciplinada por legislação proveniente da década de 1960, compatível com seu tempo, e omissa em relação a diversos debates e problemas posteriores.

A Constituição de 1988 tenta romper, ao menos em tese, com esse cenário ao delinear no horizonte futuro do país a construção de dois outros sistemas complementares ao modelo privado e que deveriam suprir as suas deficiências em termos de oferta de conteúdo, ampliando, assim, o pluralismo no âmbito do rádio e da TV. Observe-se que, enquanto a programação básica do sistema privado se baseia, como regra, em critérios de ordem econômica, excluindo conteúdos que não apresentem o devido retorno financeiro, a

programação das emissoras estatais e públicas deve possuir um vínculo mais estreito com a promoção de finalidades educativas e culturais, as quais devem reger a escolha da grade de programação.

Do ponto de vista conceitual, as emissoras estatais são aquelas que transmitem conteúdos institucionais de órgãos públicos. É o caso, por exemplo, do canal NBr, da TV Justiça, da TV Câmara e da TV Senado, distribuídos inicialmente apenas por assinatura e, apenas anos depois, de forma “aberta”. Tais emissoras são diretamente submetidas a autoridades públicas, não possuem autonomia de gestão e nem contam com a participação da sociedade civil em seus processos decisórios. Apesar disso, por serem financiadas com recursos públicos e deverem obediência aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas, as emissoras estatais também devem estar a serviço do interesse público. Nas palavras de Eugênio Bucci:

> “Ao contrário da crença bastante arraigada na cultura política brasileira, uma emissora pertencente ao Estado não pode eximir-se de estar a serviço do interesse público. Nada mais absurdo do que dizer que um canal de rádio, por pertencer ao Estado, não precisa ter compromisso com a verdade dos fatos e pode fazer proselitismo partidário a favor do governo, escondendo os acontecimentos que os gestores da máquina pública pensam ser negativos”. (BUCCI, 2015, p. 76).

Assim, embora privilegiem conteúdos de cunho institucional, as emissoras estatais têm o dever constitucional de *informar* o cidadão – com todas as implicações éticas e legais que devem ser observadas no exercício dessa função – garantindo o respeito ao direito à comunicação mediante a formação de um espaço público alternativo, complementar àquele constituído pelas emissoras comerciais. Daí a impossibilidade de essas emissoras realizarem proselitismo político, propaganda oficial ou promoção pessoal de autoridades e servidores públicos, o que, aliás, é expressamente vedado pelo art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

Por sua vez, as emissoras públicas também estão submetidas ao dever de informação, caracterizando-se, porém, pela *independência editorial* em relação aos setores privado e estatal. Embora o princípio de independência editorial dependa de vários fatores e comporte graus e arranjos institucionais

distintos, pode-se dizer que ele está necessariamente vinculado à busca, também, de uma maior autonomia de gestão e financeira, contando, ainda, com mecanismos de controle social sobre a sua atuação.

No Brasil, a Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, baseou-se nesses princípios para regular a EBC, empresa que controla, entre outras emissoras, a TV Brasil. Conforme estabelecido na lei, os serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo devem observar, entre outros princípios, "autonomia em relação ao Governo Federal para definir produção, programação e distribuição de conteúdo" (art. 2º VIII). Além disso, é assegurada a "participação da sociedade civil no controle da aplicação dos princípios do sistema público de radiodifusão" (art. 2º, IX), o que se materializa mediante a eleição de representantes da sociedade civil para integrar o Conselho Curador, órgão de natureza consultiva e deliberativa (art. 15).

No que concerne à autonomia e à sustentabilidade financeira, a Lei nº 11.652/2008 previu um sistema misto, de acordo com o qual as atividades da EBC são custeadas tanto por recursos públicos quanto por privados. No primeiro caso (art. 11, I e III), os recursos advêm do orçamento federal e da Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública, tributo pago por prestadoras de serviços de telecomunicações e de radiodifusão. Na segunda hipótese (art. 11, VI e VII), a lei autorizou a EBC a receber apoio cultural e a transmitir publicidade institucional de entidades de direito público e privado, "vedada a veiculação de anúncios de produtos ou serviços".

O modelo institucional da EBC segue, com algumas nuances, referências de padrões internacionais, como o da *British Broadcasting Company* – BBC e o da *France Télévision*, ambas custeadas com recursos públicos e sujeitas a mecanismos de transparência e controle social. No entanto, mesmo com essa previsão normativa, existem críticas ao atual estágio de independência editorial e autonomia das emissoras mantidas pela EBC.

Eugênio Bucci (2015,) defende que o maior problema da TV Brasil estava na sua vinculação direta à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, órgão responsável, à época da crítica, pela assessoria de imprensa do Planalto e pela propaganda oficial. Como se não bastasse o nítido conflito de interesses – expresso na contradição entre os papéis, exercidos cumulativamente pelo ministério supervisor, de anunciante, relações públicas e

responsável por uma emissora pública independente – os membros do Conselho de Administração e os diretores da empresa são todos indicados pelo Poder Executivo. Com isso, sua autonomia se torna muito frágil, seja por que impacta a tomada de decisões (editoriais, inclusive) que contrariem os interesses do governo federal, seja por que este mesmo governo detém diversos mecanismos para pressionar e enquadrar a estatal. Assim sintetiza Teresa Otondo:

> “As emissoras emanadas do Poder Executivo, como a TV Brasil, da Empresa Brasileira de Comunicação, criada em 2008, têm a meu ver um estatuto ainda ambíguo nesse contexto: esta é pública por seus objetivos, mas estatal por sua origem e estrutura ainda que tenha integrado representantes da sociedade civil em seu conselho” (OTONDO, 2012, p. 63).

Nessa linha, vale mencionar episódio recente, no qual, aproveitando-se dessa ambiguidade que cerca a estrutura da TV Brasil, o Presidente da República, então interino, exonerou o seu Diretor-Presidente, antes do término de seu mandato. Nesse caso, a decisão administrativa foi revertida liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em uma decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, que determinou a readmissão do diretor, fortalecendo, dessa maneira, o princípio da autonomia de gestão da empresa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016).

Posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 744, de 1º de setembro de 2016, que restringiu a autonomia da EBC ao extinguir o Conselho Curador e a previsão de mandatos estáveis para os seus dirigentes, cujo principal mecanismo de demissão era justamente a falta de apoio pelo referido conselho. O Diretor-Presidente chegou a ser exonerado pela segunda vez, porém, no mesmo dia, a Presidência da República tornou o ato sem efeito. Até a conclusão deste trabalho, a medida provisória e o mérito da ação judicial ainda não haviam sido apreciados, respectivamente, pelo Congresso Nacional e pelo STF.

O exemplo da TV Brasil é relevante, porque traz à tona os principais dilemas que envolvem a comunicação pública no país e que devem nortear a análise sobre o Canal da Cidadania. Nesse sentido, para além da análise

descritiva das prescrições legais, é preciso considerar a sua relação concreta com o que Eugênio Bucci chamou de "narcisismo incrustado na comunicação pública" (BUCCI, 2015, p. 26), isto é, a força real e os efeitos da cultura institucional de submissão de emissoras públicas e estatais a interesses não compatíveis com a finalidade pública que rege suas atividades, cuja face mais visível é a possibilidade de ingerência por determinadas autoridades, por meio de prerrogativas discricionárias, formais e informais.

Em sentido similar, Teresa Otondo afirma que, no contexto da comunicação pública na América Latina, só as leis não são "garantia suficiente para uma 'boa televisão'", já que "as contingências políticas e econômicas" geram "instabilidade contínua e, portanto, 'má televisão'" (OTONDO, 2012, p. 23). Quando isso ocorre, isto é, quando a norma sucumbe aos fatores reais de poder, a independência se converte em subserviência; o espaço público, em trincheira partidária; a informação, em propaganda; e o pluralismo, em retórica vazia, que dissimula os interesses predominantes do discurso oficial.

Postos esses termos, passamos a analisar a regulação sobre o Canal da Cidadania, procurando identificar os elementos que denotam a importância desse canal no cenário da comunicação pública brasileira. Por outro lado, diante do personalismo e das deturpações de finalidade tão comuns no cenário político do país, iremos considerar as limitações e os desafios que o Canal da Cidadania deve enfrentar para garantir o respeito ao direito à comunicação e afirmar-se como espaço público complementar à radiodifusão comercial.

Histórico e características básicas da TV Digital no Brasil

O ano de 1991 pode ser entendido como o marco inicial da definição de um novo padrão tecnológico para a televisão brasileira. Naquele ano, o governo federal criou a Comissão Assessora de Assuntos de Televisão (COM-TV), responsável por planejar o futuro da TV em "alta definição".

A discussão pouco evoluiu até a criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, que, a partir de 1998, passou a supervisionar testes, conduzidos pela iniciativa privada, com o objetivo de analisar o desempenho de três sistemas de TV Digital – o norte-americano, o europeu e o japonês. A partir desse momento, ganha força o uso do termo "sistema", fruto de um entendimento

de que a TV Digital representaria bem mais que um simples avanço tecnológico (PIERANTI, 2011).

Ocorreu uma mudança de rumo no processo decisório, em 2003, com a posse de um novo governo. A nova gestão do Ministério das Comunicações optou por fomentar pesquisas em diferentes centros e instituições de ensino brasileiros, com vistas ao desenvolvimento de um padrão nacional de TV Digital. Essa visão sucumbiu com nova mudança de gestão, cerca de um ano depois, que retomou a perspectiva de testes dos três sistemas mencionados anteriormente. Do projeto de "sistema nacional", restaram alguns componentes desenvolvidos que seriam incorporados futuramente ao sistema definido. O principal deles era o Ginga, que, de forma objetiva, pode ser definido como uma plataforma que dá suporte à comunicação entre o sistema operacional e os aplicativos, viabilizando-os. Uma de suas principais funções é o apoio à interatividade, tratada adiante.

O Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTVD-T foi criado a partir de dois Decretos, o nº 4.901, de 26 de novembro de 2003, e o nº 5.820, de 29 de junho de 2006, que, de fato, elenca as suas bases técnicas. Baseia-se no sistema japonês, testado anteriormente, porém prevê a incorporação de melhorias brasileiras, como o citado Ginga. Vários foram os argumentos utilizados, à época, para a defesa desse padrão: ele seria o mais robusto, do ponto de vista técnico; estava menos sujeito a interferências; os parâmetros técnicos de canalização de frequências eram semelhantes no Brasil e no Japão; e o padrão permitiria, por meio da multiprogramação, a veiculação simultânea de um maior número de programações ou, em uma palavra, maior diversidade na televisão brasileira.

Convém ressaltar que a escolha do sistema japonês foi objeto de diversas críticas acadêmicas e dos movimentos sociais. Em síntese, os críticos argumentavam que (a) a discussão tratou apenas de aspectos técnicos – e, portanto, excludentes –, ao invés de ter aproveitado o momento para a revisão de todo o modelo de operação da radiodifusão no país; (b) foram abandonados investimentos milionários realizados para o desenvolvimento da pesquisa de um sistema brasileiro; e (c) o governo teria apenas capitulado às grandes redes nacionais, favoráveis ao padrão japonês (MOTA; TOME; TAVARES, 2006; BOLAÑO; BRITTOS, 2007; JAMBEIRO, 2008; ROTHBERG; KERBAUY, 2008).

As críticas mencionadas – algumas, frise-se, procedentes – foram submetidas à apreciação do STF, que, ao final, em uma decisão controversa, considerou constitucional e legitimou todo o processo de transição para a TV Digital (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010). Não é objetivo deste trabalho discutir o processo de decisão acerca do SBTVD-T, mas sim apontar uma de suas contribuições, o Canal da Cidadania, à efetivação do direito à comunicação. Cabe, porém, abordar sucintamente dois tópicos já mencionados e que são elementos importantes para essa efetivação – a multiprogramação e a interatividade.

A interatividade na TV Digital permite ao telespectador reagir, pelo próprio aparelho, aos conteúdos transmitidos. O potencial real da interatividade para cada telespectador estará condicionado não apenas aos estímulos do conteúdo transmitido, como também à existência do chamado canal de retorno. Caso o telespectador tenha, via TV, acesso à Internet ou a outro canal de transmissão, ele poderá “responder” diretamente à emissora; caso não tenha, ainda assim poderá fazer uso da interatividade local, mais limitada.

Para as emissoras comerciais, a interatividade despertou uma atratividade inicial no que se refere à possibilidade de venda de produtos. Já para o poder público, a interatividade representaria a possibilidade de implementação de políticas públicas, que alcançariam o cidadão, a depender do caso, por um custo razoável se comparado às outras alternativas (ESCOBAR; ROSARIO, 2015). Essa discussão ganhou força no âmbito de outra maior, relacionada ao potencial do governo eletrônico: o sistema escolhido permitiria ao poder público ficar em contato com o cidadão *também* pela televisão, meio importante na vida dos brasileiros há décadas.

Já a multiprogramação é a possibilidade de veiculação, em um mesmo canal, de diferentes programações simultâneas e independentes entre si. Assim, no mesmo espaço, de 6 MHz, em que o sistema analógico permitia a transmissão de um único canal, é possível, no sistema digital, a veiculação de quatro ou mais faixas de programação, a depender do que se poderia chamar, em linguagem não técnica, de qualidade da imagem para o telespectador.

O telespectador tende a não sentir diferença entre essas programações e as que ocupam um canal inteiro. Eventualmente, poderá perceber uma redução na qualidade da imagem, porém a perceberá, ainda,

como muito superior à programação que assistia na TV analógica, caso o recurso da multiprogramação seja utilizado da forma correta. Para o regulador, contudo, esse recurso tem potencial gigantesco: significa a entrada em operação de diferentes programações utilizando “espaço” bem inferior, ou seja, como já ressaltado, passa a ser possível alocar um maior número de programações, eventualmente de emissoras distintas, no mesmo espectro utilizado para a prestação do serviço.

Até o presente, o recurso da multiprogramação foi regulamentado apenas para uso pelos canais da União e pelo Canal da Cidadania. O exemplo mais claro de uso deste recurso é a TV Câmara: em um único canal, ela veicula, em dezenas de municípios, simultaneamente as programações, independentes entre si, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa e da Câmara de Vereadores locais.

O Decreto nº 5.820/2006, já citado, prevê a reserva de quatro canais para a União em todos os municípios brasileiros: um do Poder Executivo e outros três da Cultura, da Educação e da Cidadania. O primeiro começou a ser regulamentado pela Lei nº 11.652/2008, que autorizou a criação da EBC; os dois seguintes foram regulamentados em 2015, por atos dos Ministérios das Comunicações, da Cultura e da Educação; por fim, o Canal da Cidadania foi regulamentado pelo Ministério das Comunicações, após a publicação do Decreto nº 7.670, de 16 de janeiro de 2012, o qual autorizou a outorga do canal para Estados e Municípios interessados (não sendo mais, portanto, competência da União operá-lo).

Canal da Cidadania como voz da comunidade e do Poder Público

Eram muitas as dúvidas sobre como seria a operação do Canal da Cidadania, previsto, segundo o art. 13, IV, do Decreto nº 5.820/2006, como um canal misto, de natureza pública e estatal, na medida em que destinado à transmissão tanto de “programações das comunidades locais” como, também, à divulgação de conteúdos institucionais, tais como “atos, trabalhos, projetos, sessões e eventos dos poderes públicos federal, estadual e municipal”. O §1º do mesmo artigo previa, ainda, em sua redação original, a celebração de convênios

para a viabilização da programação do canal. Dentre as dúvidas sobre o modelo, destacavam-se:

(a) Qual seria a linha editorial e como se daria a "curadoria", ou seja, o processo para a seleção dos conteúdos das comunidades?

(b) O canal poderia fazer uso da multiprogramação, que, vale lembrar, só começaria a ser regulamentada em 2011?

(c) Como aconteceriam os convênios previstos no decreto, que, aliás, comporiam um modelo inexistente na radiodifusão, cujos serviços eram explorados por meio de outorgas?

(d) Considerando-se que o responsável pelos conteúdos veiculados é o dirigente da entidade detentora da outorga, seria o Ministro das Comunicações o responsável por conteúdos veiculados, por exemplo, por prefeituras em todo o país? Ou os conveniados seriam responsabilizados?

(e) O Ministério disporia da estrutura necessária para processar a elaboração e a prestação de contas de cada convênio?

Mesmo com tantas dúvidas, o Ministério editou uma primeira portaria sobre o tema, de nº 189, de 24 de março de 2010. O documento estabelecia generalidades sobre o canal, previa a existência de um conselho para acompanhar a sua programação, porém não regulamentava a questão principal – sua operacionalização.

Esse problema começou a ser resolvido com a edição do já citado Decreto nº 7.670/2012, que transformou o canal em outorga a ser conferida a Estados e Municípios, extinguindo a previsão de celebração de convênios. A ele, seguiu-se consulta pública promovida pelo Ministério das Comunicações sobre uma proposta de regulamento, que resultou, por fim, na publicação da Portaria nº 489, de 18 de dezembro de 2012. Mais de seis anos depois da previsão em decreto, o Canal da Cidadania começava a tomar forma.

De acordo com a nova portaria, o Canal da Cidadania, em cada município, utilizando-se da multiprogramação, é composto por quatro faixas: uma institucional do Município, uma institucional do Estado e duas de associações comunitárias, sendo que, no Distrito Federal, dada a inexistência de município, seriam três faixas de associações comunitárias.

Como regra, o canal é outorgado a Municípios e, na ausência de interesse desses, aos Estados. O detentor da outorga é responsável pela

montagem da infraestrutura de transmissão e pelos conteúdos da sua respectiva faixa de programação institucional, bem como por garantir a transmissão das demais faixas de programação, sem qualquer interferência nos conteúdos. Já os responsáveis pelas demais faixas são responsáveis por sua programação e por levá-la ao ponto indicado pelo detentor da outorga para a transmissão.

As programações de Municípios e Estados têm caráter institucional, assemelhando-se idealmente, no plano federal, a NBr, canal de notícias do Poder Executivo federal. Podem, ainda, fazer uso da interatividade, o que, por outro lado, é incerto, considerando-se que um grande número de aparelhos receptores e conversores avulsos vendidos no país não dispõem de possibilidade de acesso a esses recursos.

No que concerne à independência editorial e ao caráter público do Canal da Cidadania, a norma preocupou-se em garantir o uso das faixas de programação comunitárias sem interferência do poder público. Assim, prevê a seleção pelo Ministério das Comunicações, por edital público, de associações comunitárias que não mantenham vínculos com o governo local, bem como sejam abertas à participação de todo e qualquer interessado. Essa seleção ocorre após a outorga.

Cabe destacar, ainda, a previsão normativa da existência de uma ouvidoria e de um conselho representativo da sociedade e do poder público, em cada município, para a supervisão do canal, bem como a proibição de realização de proselitismo político pelas faixas de programação concedidas às associações comunitárias. Embora essa regra não se aplique às faixas programadas pelo poder público, essa lacuna não autoriza a utilização do canal para fins privados ou para a realização de propaganda oficial, seja em razão da necessária observância dos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, seja em decorrência dos princípios e objetivos que regem o Canal da Cidadania. Entre estes, conforme previsto na regulamentação, vale mencionar a formação crítica do indivíduo para o exercício da cidadania e da democracia, a promoção dos direitos à informação, à comunicação, à educação e à cultura, além da prestação de serviços de utilidade pública.

No que concerne à sustentabilidade financeira, a norma previu a possibilidade de destinação de recursos públicos, no caso das faixas institucionais. Além disso, o Canal da Cidadania pode receber receita

proveniente de apoio cultural e publicidade institucional de entidades de direito público e privado, sendo vedada a veiculação de anúncios de produtos e serviços e a venda de horários da programação. Por fim, a norma proíbe a distribuição de lucros, determinando que toda receita auferida seja reinvestida na infraestrutura e na transmissão do canal. A regulamentação foi alvo de duas alterações importantes. A primeira, por meio da Portaria nº 57, de 13 de março de 2013. A partir dela, emissoras educativas vinculadas a governos estaduais poderiam, em suas transmissões digitais, fazer uso da multiprogramação para operar como um Canal da Cidadania. Esse canal, apenas nesses casos, teria cinco faixas de programação, sendo a primeira a já transmitida pela emissora educativa.

A segunda alteração foi promovida pela Portaria nº 6.413, publicada em 2 de dezembro de 2015. Ela encaixava-se em um esforço de desburocratização, conduzido, à época, pelo Ministério das Comunicações e aplicado a diversos serviços de radiodifusão. Caiu de nove para três o número de documentos necessários à instrução de um processo de outorga do canal.

De dezembro de 2012 a maio de 2016 – mês de elaboração da última relação pública de processos apresentada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, sucessor do antigo Ministério das Comunicações –, 392 municípios solicitaram outorgas do Canal da Cidadania. Resumidamente, o trâmite desses processos era: solicitação da outorga e apresentação da documentação pelos Municípios ou Estados; definição do canal a ser utilizado pela Anatel; apresentação do projeto técnico (de engenharia) pelo Município ou Estado ao Ministério, e, depois, da documentação pertinente à assinatura do contrato; e, por fim, assinatura de contrato e outorga. Vale lembrar que, nos termos do art. 223 da Constituição Federal, outorgas de todos os serviços de radiodifusão, antes do seu funcionamento, são submetidas à apreciação do Congresso Nacional.

Dentre os 392 pleitos, dois resultaram em outorgas; 98 encontravam-se na fase de apresentação de projeto técnico; 60 aguardavam designação de canal pela Anatel; e os demais estavam, ainda, na fase de instrução documental, já que os demandantes não haviam apresentado todos os documentos pertinentes (BRASIL, MCTIC, 2016). Cabe ressaltar que o desligamento da TV analógica no país, a ser substituída pela digital, é precedido de transmissões simultâneas, ocupando dois canais distintos, nas duas tecnologias. Há, por ora,

um congestionamento do espectro em diversos grandes e médios municípios brasileiros, o que atrasará, até o desligamento da TV analógica, a implantação de novos canais de televisão. Essa é a justificativa central para que ainda não possam ser designados os 60 canais, cujos processos já se encontram instruídos.

As duas outorgas existentes, até o momento, foram expedidas para Salvador e Uberlândia/MG. No primeiro caso, fazendo uso da faculdade concedida pela Portaria nº 57/2013, o Instituto de Radiodifusão Educativa da Bahia – Irdeb, vinculado ao governo estadual, solicitou que sua emissora na capital pudesse fazer uso da multiprogramação. O então Ministério das Comunicações autorizou a operação em 2014, publicou edital para selecionar as duas entidades aptas a programar as faixas comunitárias e habilitou uma delas. Em maio de 2016, publicou novo edital para a seleção de uma segunda entidade comunitária a ser habilitada. Até a conclusão deste artigo, em agosto de 2016, não havia sido divulgado o resultado deste processo. A segunda outorga foi concedida ao município de Uberlândia em dezembro de 2015, mas o processo ainda não foi apreciado pelo Congresso Nacional.

Conclusão

O Canal da Cidadania representa uma política pública inovadora e democrática, que se aproveita do avanço tecnológico, permitido pela transição para o sistema de TV Digital, para modificar o quadro da radiodifusão no país, ainda excessivamente dependente da atuação das grandes emissoras comerciais. A sua implantação pode significar a constituição de um espaço público alternativo, complementar ao sistema privado de radiodifusão, conforme previsto na Constituição Federal.

Dessa forma, o Canal da Cidadania detém o potencial de ampliar o pluralismo e as opções de conteúdo disponíveis aos telespectadores. Além disso, permitirá que questões locais ganhem maior visibilidade, ao serem transmitidas pela TV local, sempre a partir de um viés público e comunitário, o que, muitas vezes, não é possível hoje, dado o predomínio das transmissões, por emissoras privadas, em rede nacional.

Conforme demonstrado, a regulamentação em vigor assegura os princípios necessários para viabilizar a garantia do direito à comunicação. A previsão de objetivos a serem observados na programação, a vedação de proselitismo político, a atribuição ao próprio MCTIC – e não aos governos locais – da tarefa de escolha das associações comunitárias responsáveis pela programação de parte do Canal, além da obrigatoriedade de instituição de uma ouvidoria e de um conselho representativo da sociedade civil e a proibição de exibição de anúncios e de venda de horários da programação, são regras importantes, que formam o arcabouço normativo necessário para assegurar o caráter público do Canal da Cidadania.

Não obstante, não podemos ignorar que entre a previsão regulamentar e o mundo dos fatos há uma longa distância a ser percorrida ou, ainda, uma árdua tarefa a ser realizada a fim de evitar desvios de finalidades. Nesse sentido, um primeiro desafio se relaciona com a própria lentidão e engessamento burocrático nas outorgas de radiodifusão. Como já mencionado, essas outorgas são fruto de um ato complexo, que depende de procedimentos e decisões do MCTIC, da Anatel e do Congresso Nacional, o que, na prática, dada a possibilidade de interferência política em cada uma dessas etapas e considerando não haver prazos para que essas instituições se manifestem, pode significar uma demora de anos para o término de cada processo.

Parte do problema foi solucionado com a recente alteração normativa efetuada pelo então Ministério das Comunicações, que diminuiu as exigências burocráticas previstas na norma original. Mas ainda permanecem incertezas quanto ao prazo de tramitação dos processos, ampliadas ao se considerar as dificuldades técnicas, decorrentes da necessidade de liberação de espectro mediante a conclusão do processo de digitalização da TV; e da própria fragilidade da regulamentação, baseada integralmente em ato infralegal.

Superada a fase de outorga, surgem os desafios mais relevantes, relacionados à garantia concreta das finalidades públicas do Canal da Cidadania. A tarefa não é fácil, dadas as notórias deficiências do órgão regulador em diversos aspectos cruciais, como, por exemplo, quanto à falta de pessoal, instabilidade de seu corpo diretivo, além de reduzida *expertise* na fiscalização da programação das emissoras, o que se revela, especialmente, na ausência de

critérios objetivos que permitam identificar conteúdos que não se amoldam às finalidades legais.

Diante disso, a participação da sociedade civil é essencial para garantir o êxito do canal. A ouvidoria e os conselhos representativos são a mais forte garantia de transparência, de pluralismo na gestão, de independência editorial e, de forma geral, de que não haverá desvios das finalidades previstas na regulamentação. É importante destacar, ainda, o controle efetuado por órgãos fiscalizadores locais, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que podem atuar em conjunto com o MCTIC e a Anatel.

Outro ponto que merece atenção é quanto à sustentabilidade financeira do Canal da Cidadania. Como mencionado, o fato de ser um canal gerido no âmbito municipal é um elemento positivo por que aproxima a programação dos interesses e das comunidades locais. Porém, dados os altos custos envolvidos nas transmissões de TV e a falta de escala dos projetos, bem como a dependência de recursos públicos, sempre escassos e sujeitos a interferências políticas, surge a dúvida quanto à sua sustentabilidade. Uma alternativa seria a adoção de parcerias ou consórcios entre municípios (ou mesmo entre associações) de uma mesma região. Com isso, obtém-se escala na programação, viabilizando, inclusive, o compartilhamento de infraestrutura, com a provável redução de custos e ampliação das possibilidades de transmissão de programas de maior qualidade.

Em suma, enquanto parte integrante dos sistemas público e estatal de radiodifusão, o Canal da Cidadania detém o potencial de modificar o quadro da radiodifusão no país, constituindo a mais relevante inovação no setor nos últimos anos. Apesar de a regulamentação em vigor ter previsto os princípios necessários para assegurar o caráter público do Canal, os desafios postos à sua implementação são muitos e devem ser acompanhados, de perto, não só pelas instituições competentes, mas, também, por pesquisadores e membros da sociedade civil organizada. Nesse sentido, temos todos, enquanto cidadãos, a responsabilidade de evitar que o Canal da Cidadania se torne o exemplo de mais uma política pública ineficiente, mais uma norma desrespeitada ou, enfim, mais uma oportunidade de avanço social desperdiçada no país.

Referências

BOLAÑO, César; BRITTOS, Valério Cruz. **A televisão brasileira na era digital: Exclusão, esfera pública e movimentos estruturantes.** São Paulo: Paulus, 2007.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC. **Canal da Cidadania: lista de entidades**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.mc.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_______. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.205. Rel. Min. Dias Toffoli. Impetrante: Ricardo Pereira de Melo. Impetrado: Presidente da República. Julgado em 01/06/2016.

_______. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3944. Rel. Min. Ayres Britto. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Requerido: Presidente da República. Julgado em 05/08/2010.

BUCCI, Eugênio. A crítica de televisão. In: BUCCI, E.; KEHL, M. R. **Videologias**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 27-42.

_______. **O Estado de Narciso**: a comunicação pública a serviço da vaidade particular. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BRITTOS, Valério; COLLAR, Marcelo. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In: SARAVIA, E.; MARTINS, P.; PIERANTI, O. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 71-90.

CARVALHO, Lucas Borges de. A política da radiodifusão no Brasil e seu marco legal: do autoritarismo ao ultraliberalismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 245-277, set./dez 2013.

D'ARCY, Jean. Direct Broadcast satellites and the right to communicate. **EBU Review**, v. 118, p. 14-18, 1969.

ESCOBAR, Marco Lunardi; ROSARIO, Daniel Alves do. A TV Digital do Brasil: Políticas, Implantação e Características. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXXVIII, 2015, Rio de Janeiro. **Anais.** Rio de Janeiro: INTERCOM, 2015. 1 CDROM

JAMBEIRO, Othon. A regulação da TV no Brasil: 75 anos depois, o que temos? **Estudos de Sociologia,** Ano 12, n. 24, 1º semestre 2008, p. 85-104.

LIMA, Venício. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe. Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **RBCS**, vol. 18, nº 51, p. 123-140, fevereiro/2003.

MOTA, Maria Regina de Paula; TOME, Takashi; TAVARES, Francisco. O processo de deliberação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital: aspectos técnicos, políticos e jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, XXIX, 2006, Brasília. **Anais.** Brasília: INTERCOM, 2006. 1 CDROM.

OTONDO, Teresa Monteiro. **Televisão pública: para quem e para quê? São** Paulo: Anablume, 2012.

PIERANTI, Octavio Penna. **O Estado e as comunicações no Brasil: construção e reconstrução da Administração Pública**. Brasília, DF: Abras/Lecotec, 2011. 314 p.

ROTHBERG, Danilo; KERBAUY, Maria Teresa Miceli. Lei de telecomunicações e órgão regulador no Brasil: desafios e obstáculos à luz da experiência britânica e europeia. **Estudos de Sociologia,** Ano 12, n. 24, 1º semestre 2008, p. 141-56.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. 10ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E ATIVISMO JUDICIAL: UM É BOM E O OUTRO É RUIM?

ACHIEVEMENT OF RIGHTS AND JUDICIAL ACTIVISM: IS IT ONE GOOD AND THE OTHER BAD?

Marcos Dias de Oliveira[1]

Resumo
O maior acesso à justiça proporcionado pela Constituição Federal de 1988 veio para assegurar que direitos e garantias fundamentais estejam ao alcance, também, de parte da população anteriormente sem acesso à tutela estatal. Isto gerou uma corrida às ações judiciais, um processo denominado de judicialização que, entre outras áreas, alcançou a política nacional. A proposta deste artigo é investigar o impacto dos aspectos positivos e negativos da judicialização na vida do cidadão brasileiro. Como conclusão, sugere-se que tanto a efetivação dos direitos quanto o ativismo judicial são benvindos no momento atual brasileiro, e espera-se que aquela se torne permanente e que este diminua com o fortalecimento da democracia no país.

Palavras-chave. Judicialização. Efetivação de direitos. Ativismo judicial. ADI 3367.

Abstract
The wider access to justice provided by the 1988 Federal Constitution came to make sure that fundamental rights and guarantees an also be reached by part of the population with no previous access to state protection. This yielded a race toward judicial claims, a so-called process of judicialization which, among other areas, reached national politics. The aim of this paper is to investigate the impact of judicialization's positive and negative aspects on the Brazilian citizen's life. As for conclusion, it is suggested that both the achievement of rights and the judicial activism are welcome in the current Brazilian moment, and it is expected that the former becomes permanent and the latter decreases as democracy in the country becomes stronger.

Keywords. Judicialization. Achievements of rights. Judicial activism. ADI 3367.

---

[1] Analista do Banco Central do Brasil.
Doutor em Administração pela Universidade de Birmingham, Reino Unido.
Aluno de Direito da Escola de Direito de Brasília/IDP.

INTRODUÇÃO

A maior parte dos países, hoje em dia, parece adotar alguma forma de separação de poderes, sobretudo no mundo ocidental. Desse modo, evita-se que o poder esteja concentrado nas mãos de uma única pessoa. Isso ocorria no Estado Absolutista, onde o rei concentrava todos os poderes, o que resultava, com frequência, em abusos. Separar os poderes seria, então, uma maneira de promover a independência entre eles, cada um desempenhando seu papel, sem interferir no dos outros.

O século XIX assistiu ao crescente debate teórico sobre a ciência jurídica, o dever do juiz de interpretar a lei literalmente ou, ao contrário, usar de sua discrição para criar novos entendimentos sobre a norma posta. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que o Poder Judiciário ganhou proeminência, inclusive na discussão sobre a legitimidade do Direito na Alemanha nazista.

Tal proeminência passou por um período de encolhimento na América Latina, onde as ditaduras militares que se instalaram a partir dos anos sessenta sufocaram qualquer tentativa do Judiciário de exercer influência fora da limitada área do julgamento de processos, de preferência restrito àqueles que não pusessem em risco a "segurança nacional".

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/88) soprou ares de liberdade à Nação, uma vez que trazia inúmeras inovações na área de direitos e garantias fundamentais e tinha sido abertamente discutida com setores organizados da sociedade, o que aumentava sua legitimidade.

Na esteira daquela recém-adquirida liberdade, a população brasileira passou a ter maior acesso à justiça, o que, a despeito de apresentar variantes positivas, também gerou a contrapartida negativa.

Dentre os aspectos positivos advindos da judicialização da política, o mais visível é o acesso à justiça, ampliado em relação à situação política brasileira antes da CF/88. Esta também ampliou o leque de direitos e garantias fundamentais, dando caráter de norma constitucional a direitos antes não respeitados. Inclui-se neste rol a ampliação de conquistas sociais via arena judiciária.

Entre os aspectos negativos, aparece a crença de que o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, pode preencher as lacunas deixadas pela inoperância, descaso e corrupção protagonizados pelos outros poderes, representada pela expressão “supremocracia”. Aliado a isto, parece estar surgindo uma cidadania clientelista, que recorre ao Judiciário por qualquer motivo, como se este fosse a primeira opção para resolução de seus conflitos. A sensação de que isto é mais fácil do que se mobilizar e lutar por direitos coletivos incorre em outra característica negativa da judicialização, que é a desmobilização popular.

Desse modo, o problema a ser tratado neste artigo refere-se ao impacto daqueles aspectos positivos e negativos da judicialização na vida do cidadão brasileiro. O trabalho parte da hipótese de que, no momento pelo qual passa o Brasil, tanto a efetivação de direitos quanto o ativismo judicial são desejáveis, aquela de forma permanente e este, não mais do que o necessário para recolocar o país no rumo da construção da democracia. Alegações de um e de outro não devem mascarar o fato de que o Poder Judiciário pode garantir, por meio deles, o cumprimento do texto constitucional para garantia de efetividade de políticas públicas, conforme salientado por Ximenes e Ribeiro (2009).

1 A EVOLUÇÃO DA CIDADANIA E A REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS

O termo “cidadão” tem sido empregado com frequência crescente em quase todos os contextos, embora nem sempre a carga semântica a ele atribuída esteja suficientemente esclarecida. Na antiga Atenas, por exemplo, para ser cidadão não bastava habitar na cidade: era preciso ter nascido ali, ser filho de atenienses, ser do sexo masculino e ter mais de 25 anos. Somente aqueles tinham direito à *civitas*, a cidadania, e podiam, portanto, participar da vida da cidade (*polis*) entre seus pares. As relações que mantinham com esposas, filhos e escravos eram da alçada do direito privado, já que cada cidadão era o chefe da própria família, o que, no direito romano, viria a ser conhecido como *pater familias* (NOGUEIRA, 2006).

Ao longo dos séculos, a noção de cidadania passou por muitas modificações, mais ou menos inclusivas, mais ou menos restritivas, mais ou menos tradicionais, mais

ou menos revolucionárias. O direito de votar e ser votado, por exemplo, parece estar entre as definições mais clássicas de cidadania[2].

A partir do século XIX, no entanto, à medida que a sociedade industrial se tornava mais desenvolvida e as relações urbanas, mais complexas, começaram a surgir questionamentos sobre o que significava ser cidadão. O conceito começou a ser ampliado, para incluir aspectos como a participação política, o pertencimento a uma comunidade (vertentes social e cultural) e o status de direitos, aqui entendidos como sociais ou fundamentais. De fato, a ideia de cidadania parece estar cada vez mais ligada à ideia de direitos fundamentais (RODRIGUES, 2010).

Todavia, isso não se deu da noite para o dia. A evolução do conceito passou pela noção de cidadania no patriarcalismo, onde imperava a lógica do poder pessoal e não havia participação popular; pela noção de cidadania invertida, uma referência a grupos de pessoas excluídas da sociedade, os não cidadãos, caracterizada pela ausência de relação formalizada de direito aos benefícios; pela noção de cidadania concedida, de que a Era Vargas é um exemplo, onde havia a cultura política da dádiva, intrinsicamente vinculada à ideia das leis trabalhistas no acesso aos direitos. Até que, finalmente, a discussão chegou ao nível de redefinir quem são os sujeitos de direito, de dar respaldo a reinvindicações de movimentos sociais, até mesmo na construção de identidades coletivas, o que conduz à noção de cidadania ampliada. De acordo com Dagnino (2004, p. 155),

> O reconhecimento dos direitos de cidadania, tal como é definido por aqueles que são excluídos dela no Brasil de hoje, apontaria então para transformações radicais em nossa sociedade e em sua estrutura de relações de poder. Daí a importância que essa noção adquiriu na emergência de experiências participativas como os Orçamentos Participativos e outras, nas quais os setores populares e suas organizações lutam para abrir espaço para o controle democrático do Estado mediante a participação efetiva dos cidadãos no poder.

Visões anteriores de cidadania costumavam, no entanto, ser mais restritas. Analisando o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra, Marshall o dividiu em três

[2] Com efeito, a lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular, afirma, em seu artigo 1º, que "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União [...]" e define, no inciso 3º do mesmo artigo, que "A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda" (BRASIL, 2016).

estádios: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Conforme descreve Oliveira (2016),

> O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Identifica os tribunais de justiça como as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis.
>
> Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e os conselhos do governo local.
>
> Já o elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico até a segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. O sistema educacional e os serviços sociais são as instituições que mais representam esses direitos.

No século XVIII teriam sido enfatizados os direitos civis, seguidos dos direitos políticos, no século XIX, e dos direitos sociais, no século XX. Na visão de Marshall, a cidadania só seria plena se abordasse os três tipos de direitos, uma condição ligada à classe social (NEVES, 2013).

A explicação de Marshall, no entanto, deve ser considerada com cautela, uma vez que dizia respeito à realidade inglesa dos três últimos séculos, e descrevia a “experiência da população de homens brancos trabalhadores e não problematiza, por exemplo, as hierarquias de raça e gênero” (FRASER e GORDON *apud* NEVES, 2013, p. 180-1).

Nancy Fraser vai além daquela limitação, ao afirmar, em sua análise, que os conflitos políticos do final do século XX passaram a demandar que diferenças entre grupos nacionais, étnicos, raciais, de gênero, entre outros, fossem reconhecidas. Embora a identidade de grupo prevalecesse sobre o interesse de classe, persistia a desigualdade material e econômica. Em face daquelas desigualdades, a autora ressalta a necessidade tanto de reconhecimento quanto de redistribuição, paradigmas populares “tacitamente pressupostos por movimentos sociais e atores políticos da sociedade civil em suas reinvindicações por justiça na esfera pública” (FRASER *apud* NEVES, 2013, p. 181).

De um lado, o assim chamado paradigma do reconhecimento aborda as injustiças sociais e simbólicas que permeiam os padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de que são exemplos a dominação cultural, o não reconhecimento e o desrespeito. Por outro lado, o paradigma da redistribuição tem por alvo as injustiças sociais e econômicas arraigadas na estrutura econômica da sociedade. Exemplos que podem ser elencados incluem: a exploração, a marginalização econômica e a privação.

Ao focar seus estudos na justiça do gênero, Fraser (2007) constatou que, embora os paradigmas do reconhecimento e da redistribuição favorecessem uma visão multifacetada de grupos diferentes, eles pareciam limitados pelas fronteiras nacionais, embora já existisse a consciência de que assuntos inerentes a determinados grupos em um país poderiam estar sendo tratados de modo semelhante em outros. Era o caso da condição feminina, quando feministas se deram conta de que limitações nacionais poderiam ser superadas se as reinvindicações fossem tratadas transnacionalmente.

A isso, Fraser chamou de mau enquadramento, uma fase do feminismo que tornou visível uma terceira dimensão (ou paradigma) no que respeita à justiça do gênero, ao qual chamou de representação. Como que para enfatizar a interface entre os três paradigmas, a autora afirma que,

> ao contestar o mau enquadramento, o feminismo transnacional está reconfigurando a justiça de gênero como um problema tridimensional, no qual redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integrados de forma equilibrada (FRASER, 2007, p. 305).

Portanto, assim como Marshall, que entendia que cidadania só se manifesta se os três elementos estiverem presentes, há necessidade de integração dos três paradigmas para abordar a justiça do gênero. Ambas as visões, a despeito de suas peculiaridades e limitações, guardam similaridades entre si, como pode ser visto na Tabela 1.

Tabela 1: Comparação entre as teorias de Marshall e de Fraser

Ênfase*	Elemento – Marshall**	Paradigma – Fraser**
Liberdade e igualdade não apenas formal	Civil	Reconhecimento
Bem-estar econômico e direito de participar na herança social	Social	Redistribuição
Direito de participar no exercício do poder político	Político	Representação

Fonte: * adaptado de NEVES (2013); ** adaptado de XIMENES (2016).

O que pode se concluir do discutido até aqui é que cidadania, portanto, não pode ser vista como algo unidimensional, uma vez que há diversos elementos de natureza diversa que contribuem para que o conceito ganhe robustez. Na visão de Guasti (2010, p. 4292), por exemplo,

> a noção de cidadania compõe-se de três elementos constitutivos, a saber: 1) a titularidade de um determinado número de direitos e deveres numa sociedade específica; 2) ser gregário de uma determinada comunidade política (normalmente o estado), em geral vinculada à ideia de nacionalidade; e 3) a possibilidade de "contribuir" para a vida pública dessa comunidade através da participação.

Cidadania, desse modo, envolveria o fato de que as pessoas, uma vez que estão legitimamente inseridas em determinada sociedade, podem participar da vida pública daquela sociedade e, ainda, possuem direitos que podem ser reivindicados por intermédio de relações privadas ou da tutela do poder público. A crescente demanda da qual esta tem sido objeto será discutida na próxima seção.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Após a promulgação da CF/88, alcunhada de a “Constituição Cidadã”, a sociedade brasileira parece ter descoberto que há caminhos que podem ser trilhados pelo cidadão comum, de cujo acesso ele estava anteriormente excluído pela ditadura militar que comandava o país. Os anos seguintes trouxeram a noção de que direitos, se não fossem respeitados, poderiam ser reivindicados na justiça.

Se, por um lado, essa garantia constitucional abriu as portas da justiça a casos que antes não tinham como se valer dela, por outro, causou uma escalada de ações judiciais que levaram o Brasil a ser o país com o maior número de processos judiciais no mundo, superando a marca de 100 milhões de processos em 2014 (CARDOSO, 2015).

Esse fenômeno passou a ser conhecido como judicialização, que “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 5). Segundo Barroso, há diversas circunstâncias que têm contribuído para o crescimento desse fenômeno, que tem se manifestado mundialmente, não somente em países com direito de matriz romano-germânica, mas também naqueles que tradicionalmente seguem o modelo inglês, a *common law*. O autor salienta que há causas de natureza diversa para a judicialização.

> A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafotetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas (BARROSO, 2012, p. 6).

Assim, não parece exagero pensar que a demanda ampliada pelo Poder Judiciário, no Brasil, veio para ficar. Malgrado a face positiva desta nova realidade, que pode garantir acesso à justiça a uma parcela da sociedade tradicionalmente desamparada, também deve ser considerado o ônus que o fenômeno pode provocar

para as relações sociais. Que aspectos são positivos e qual a face negativa deste quadro é o que se discute a seguir.

2.1 ASPECTOS POSITIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO

O primeiro e mais visível aspecto positivo da nova postura do Poder Judiciário em face das demandas sociais é o acesso à justiça, agora sobremaneira ampliado. Tal acesso pressupõe que as pessoas podem reivindicar direitos, ou resolver conflitos, por meio do Poder Judiciário, e esperar que os resultados obtidos sejam individual e socialmente justos (FULLIN, 2013).

Boa parte da população brasileira estava impossibilitada de utilizar meios judiciais para fazer valer seus direitos, em parte por desconhecimento, mas, primordialmente, por falta de recursos que permitissem acesso a eles. Acessar a justiça, portanto, não era meramente tê-la à disposição, mas poder pagar pelo seu acionamento. O problema, desse modo, acabou por ser transferido para a esfera pública, de quem se esperava uma solução. Segundo Fullin (2013, p. 220),

> [...] é preciso ter em conta que a construção do problema do acesso à justiça também está relacionada à valorização da participação do Estado na regulação e no controle de conflitos sociais. Assim, a emergência de políticas de promoção deste acesso também está relacionada à necessidade, em um dado contexto, de fortalecimento da noção e do sentimento de que as instituições estatais são o melhor e mais seguro destino para resolução de disputas e afirmação de direitos, reforçando-se assim a centralidade do papel do Estado na vida social.

Um dos casos de ampliação do acesso à justiça é representado pelo surgimento dos Juizados Especiais. Na esfera criminal, por exemplo, a criação das Delegacias de Defesa da Mulher (DDM) parece ter fornecido às mulheres em situação de violência as condições para atingir uma situação de *empowerment*. Analisando os registros policiais realizados em três DDMs localizadas no Município de São Paulo, entre 1996 e 1999, com vistas a investigar o impacto da lei nº 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Izumino (2003, p. 19) concluiu que:

> o período de implementação dos Juizados Especiais Criminais coincide com um crescimento no número de queixas registradas nas Delegacias de Defesa da Mulher, sugerindo que mesmo com sua eficácia questionada as DDMs e

os Juizados se constituíram num importante ponto de referência para as mulheres em situação de violência.

Um reflexo prático, portanto, do maior acesso à justiça proporcionado pela criação dos Juizados Especiais já se fez notar no caso da violência doméstica contra a mulher. Outro exemplo são os Juizados Especiais Cíveis, que são órgãos do Poder Judiciário que servem para resolver causas menos complicadas com mais rapidez do que as de trâmite normal, sem despesas, o que possibilita o acesso, principalmente de pessoas físicas, a causas cujo valor seja limitado a quarenta salários-mínimos.

Um segundo aspecto positivo da maior demanda pela justiça é a garantia de direitos fundamentais, entendida como a concretização da norma constitucional. A Constituição Federal de 1988 ampliou o leque de direitos e garantias considerados fundamentais, respaldando reivindicações judiciais de casos em que tais direitos não estavam sendo respeitados; anteriormente, não havia esfera onde se pudesse reclamá-los.

Entre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição, encontra-se o direito à saúde. Um exemplo recente de defesa deste direito, além do direito ao meio ambiente saudável, por parte da justiça, foi o caso da coleta do lixo, ocorrido em Cambuquira, Minas Gerais. O Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública contra o Município, que havia passado a coleta diária de lixo para periodicidade semanal, o que, segundo o Ministério Público, constituía flagrante risco à saúde da população.

Após passar por três instâncias, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão de 1º grau que obrigava o Município a realizar diariamente a coleta de lixo. “A argumentação do juiz de 1º grau foi que a coleta de lixo corresponde a necessidades inadiáveis da população, impondo a regência da atividade pelo princípio da continuidade” (XIMENES, 2012, p. 3), cuja precariedade podia ocasionar a transmissão de doenças e degradação do meio ambiente.

Embora tenha havido dúvidas sobre a pertinência de o Poder Judiciário intervir na política orçamentária do Estado, observa-se que o administrador não tem qualquer

discricionariedade no que tange à oferta de serviços essenciais à população. Ao analisar este caso, Ximenes (2012, p. 3) afirma que,

> Para o STJ, a Constituição Federal trouxe uma série de direitos de caráter social, que foram sendo implementados ao longo dos anos, tendo modificado significativamente a dinâmica dos poderes. A função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora, em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa, com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social.

Um terceiro aspecto que pode ser visto como positivo, é a ampliação de conquistas sociais via arena judiciária. O próprio processo de discussão e elaboração da Constituição já contou com intensa participação popular, por meio de setores organizados da sociedade; a Constituição também incluiu, em seu texto, mecanismos de participação popular. Fagnani (*apud* CASTRO e RIBEIRO, 2009, p. 18), por exemplo, salienta que

> A importância dos movimentos sociais em todo esse processo de redemocratização e reorganização da sociedade civil incluiu fortemente na agenda a questão da reforma das políticas sociais, cujo ponto de partida era a crítica ao caráter excludente da política social vigente sob o regime militar.

2.2 ASPECTOS NEGATIVOS DA JUDICIALIZAÇÃO

A despeito dos avanços que a Constituição de 1988 trouxe no que respeita ao acesso à justiça, nem todos os aspectos que disso advieram podem ser considerados positivos; também há que se considerar as situações em que o aumento da demanda pela tutela do Estado não é necessariamente benéfico à sociedade.

O número exagerado de processos judiciais em curso no Brasil sugere que a judicialização desenfreada pode ter dado origem a uma cidadania clientelista, que tende a se utilizar da justiça como via de eleição para a resolução de seus problemas, sem nem mesmo considerar a possibilidade de tentar acordo prévio ou debater com a outra parte solução alternativa, que não passe pelos tribunais. Um corolário daí advindo, que, de certo modo, causa distorção da função da tutela estatal, é que o poder público, cada vez mais amiúde, põe-se a discutir individualmente direitos que são coletivos, como no caso de alguém que pleiteia do na justiça que o Sistema Único de Saúde forneça a um determinado paciente medicação excessivamente onerosa.

Esse é um típico exemplo em que a chamada microjustiça, ou seja, relativa ao tratamento de caso particular, afeta a macrojustiça, que envolve decisão coletiva. O resultado pode afetar toda a comunidade porque o fornecimento de tal medicamento para um indivíduo pode gerar prejuízos à equidade na saúde (VIEIRA F.S., 2008).

Também nas relações de trabalho pode-se verificar grau acentuado de clientelismo, uma vez que, segundo Yeung (2014), a almejada cooperação entre patrões e empregados que a legislação trabalhista varguista visava a atingir parece ter se transformado em claro embate judicial. A autora, citando dados do início deste século, demonstrou que o número de processos trabalhistas em que as empresas estavam envolvidas, com rés ou autoras, era 6,5 vezes maior do que o segundo tipo de processo judicial mais enfrentado por elas.

A noção de que tudo pode ser resolvido pela justiça gerou um segundo aspecto negativo da judicialização, que é a desmobilização popular. A população que se empenhou em ir às ruas em 1984 para exigir eleições diretas, os grupos sociais organizados que participaram ativamente da construção da atual Constituição, os caras-pintadas que clamaram pelo impeachment do ex-presidente Fernando Collor, todos correm o risco de achar que mobilizar-se é muito difícil, que é mais fácil resolver judicialmente todo e qualquer problema, independentemente de sua complexidade.

No caso mais recente de crise política no Brasil, que resultou no impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, ficou estampada no semblante do povo brasileiro a desilusão com a classe política, que pode ter atingido o nível mais baixo de confiança na história contemporânea do país. Pesquisa recente mostrou que, no Brasil, apenas 6% das pessoas confiam nos políticos, o que faz do "brasileiro o povo que menos confia em seus políticos entre as grandes economias do mundo" (CHADE, 2016).

Frequentemente vistos como defensores somente de seus interesses, oportunistas, inescrupulosos, egoístas e, em sua maioria, corruptos, os parlamentares são, todavia, os representantes eleitos pela sociedade, o que desfere ainda outro golpe na mobilização da população. Segundo Miguel (2008, p. 250), é possível constatar que,

> Em diferentes graus, essa percepção negativa dos políticos está presente em países ricos e pobres, em velhas e novas democracias. Vários indicadores mostram, tanto um declínio na confiança em relação aos indivíduos que

> compõem a elite política, quanto um crescente ceticismo a res peito da efetividade das instituições que se propõem realizar a democracia política (eleições, partidos, parlamento).

Se não se confia nos políticos, a solução é pleitear junto aos aplicadores da lei que coloquem ordem em um país atribulado. Disto deriva um terceiro aspecto negativo da judicialização, que é a confiança exacerbada nas decisões do STF, como se este fosse o último bastião da salvaguarda da moralidade, da democracia e da defesa da cidadania.

Embora várias correntes tentem explicar o maior protagonismo dos tribunais através de óticas diversas, que passam pela ideia de que isso é resultado do avanço das constituições rígidas, que possuem controle de constitucionalidade, ou uma consequência da expansão do sistema de mercado, a corrente que parece ser majoritária, na visão de Oscar Vieira (2008, p. 443),

> enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia.

A proeminência atual do STF não é comparável a nada anterior, segundo ao autor, que deu a esta singularidade do arranjo institucional brasileiro o título de "supremocracia". O autor ressalta, ainda, o fato de que muitos autores têm se debruçado sobre a análise das decisões da Suprema Corte, mas também chama a atenção para o fato de que tais decisões estão, cada vez mais, a fazer parte do dia-a-dia do cidadão comum:

> Surpreendente, no entanto, tem sido a atenção que os não especialistas têm dedicado ao Tribunal; a cada habeas corpus polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela "TV Justiça" ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se costumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito (VIEIRA O.V., 2008, p. 442).

A somatória de cidadania clientelista, desmobilização popular e supremocracia conduzem a um quarto aspecto negativo da judicialização, que é o enfraquecimento dos poderes Executivo e Legislativo.

Quando se fala em efetivação de direitos, a ideia traz mais legitimidade à atuação do STF, uma vez que, ao tornar legal uma situação que já era reconhecida em outro foro – por exemplo, a união homoafetiva, que já era reconhecida, para efeitos de recolhimento de INSS, pelo Executivo –, sua atuação não é vista como exagero do Judiciário. Mas quando há a percepção de que o Poder Judiciário extrapolou suas funções e interferiu no funcionamento de outro poder, há quem fale em ativismo judicial[3].

É claro que há casos em que a linha entre inovação e efetivação de direito é muito tênue, o que pode ser motivado pela inércia dos outros poderes. Também deve ser levado em consideração que o ativismo pode, às vezes, parecer discurso de perdedores, aqueles que não tiveram seu pedido tutelado pelo Estado e alegam que o Judiciário extrapolou suas competências, foi ativista, em vez de agir de acordo com suas funções constitucionais.

De toda sorte, ativismo ou efetivação de direitos, é certo que o Poder Judiciário tem assumido cada vez mais protagonismo na determinação dos rumos do Brasil, confirmando ou não decisões de primeira instância em casos de investigação de corrupção, definindo ritos de impeachment, manifestando-se sobre a cassação de mandatos de parlamentares, dentre outras medidas que estão a moldar o futuro do país. À guisa de ilustração, será analisado um caso de judicialização da política, o da ADI 3367 (BRASIL, 2005).

3 UM CASO COMO EXEMPLO

[3] Expressão criada nos Estados Unidos para caracterizar a decisão judicial que inova na metodologia, que é contrária aos poderes Executivo e Legislativo, ou que é contrária aos precedentes.

Entre os exemplos de temas judicializados citados por Barroso (2012), encontra-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1 – Distrito Federal (ADI 3367), que foi impetrada em face da aprovação da Emenda Constitucional nº45/2004 (EC-45/2004). A EC-45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura, com competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados hierarquicamente abaixo do Supremo Tribunal Federal (STF).

A controvérsia jurídica foi encampada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que ingressou com a ADI 3367, alegando que tanto a criação como a área de atuação do CNJ interferiria na independência dos poderes, o que é garantido pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). A AMB também desafia a constitucionalidade da EC-45/2004 porque esta submete o Poder Judiciário a controle de conselho que teria em sua composição não membros daquele Poder, notadamente dois cidadãos que representariam a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

Os itens elencados pela ADI 3367 como desrespeitados na CF/88 foram os arts. 2º; 60, § 4º, III; 95, I, parte final; 102, *caput*, inc. I, letra “r”; 103-B, § 4º, III; 128, § 5º, II; também foi analisado o vício formal de a ação ter sido proposta antes da publicação da ADI 3367 no Diário Oficial, além de ser proposta a inclusão de § 8º no art. 125.

O relator, Ministro Cezar Peluso, inicia o voto afirmando que

> Posto que, à data de propositura da ação, a Emenda Constitucional nº 45/2004 não houvesse sido deveras publicada, foi-o pouco tempo depois, o que torna agora cognoscíveis os pedidos. A publicação superveniente da Emenda remediou a carência original da ação (BRASIL, 2005, p. 205).

O Ministro Peluso discorre longamente sobre as teorias de separação dos poderes, recorrendo inclusive a Aristóteles, Montesquieu e Locke, e conclui seu relatório julgando improcedente a ação.

Na decisão do STF, sete ministros acompanharam o voto do Relator, considerando a ADI 3367 totalmente improcedente; dois acolheram parcialmente a opinião do relator, não concordando com a composição do Conselho, que seria integrado também por pessoas de fora do Poder Judiciário; um ministro julgou a ação

totalmente procedente. Assim, o STF julgou, por maioria, totalmente improcedente a ADI 3367, e, por unanimidade, afastou o vício formal e não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125, inexistente na CF/88.

O caso enquadra-se nitidamente na perspectiva teórica de judicialização da política. Parece claro que o gatilho dessa ação foi a criação, pela EC-45/2004, do CNJ, o que trouxe em seu bojo a possibilidade de se implementar certo controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar do Poder Judiciário, ainda que com competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados hierarquicamente abaixo do STF.

Essa possibilidade parece ter causado desconforto a grande parte dos magistrados brasileiros, na iminência de ter de se submeter à supervisão de um órgão a respeito de assuntos sobre os quais havia, por parte deles, total liberdade de ação.

Na defesa da categoria, a AMB se posicionou no sentido de apontar a inconstitucionalidade da emenda sob dois prismas: (i) o da interferência na independência dos poderes, garantida na CF/88 e (ii) o da presença de “laicos” no CNJ, representantes da Câmara dos Deputados e do Senado, que não fariam parte do Poder Judiciário.

Entre os atores direta ou indiretamente envolvidos, há o grupo que defende a emenda, vendo nela uma oportunidade de resgatar a credibilidade do Judiciário, como Pedro Lenza (2005), para quem

> A emenda, de um modo geral, nesse primeiro balanço, parece bastante adequada, abrindo as portas para que as reformas processuais se implementem na busca e na retomada da credibilidade do Judiciário, infelizmente abalada pela ineficiência processual dos últimos anos. Esperamos que não seja apenas mais uma lei, mas, acima de tudo, o despertar de uma nova mentalidade.

Outro grupo, no entanto, não satisfeito em ter de passar a prestar contas a órgão visto como “externo” ao meio judicial, se movimentou com vistas a derrubar a emenda, alegando sua inconstitucionalidade.

Fica evidente o confronto de poder entre os grupos, o daqueles que defendem uma supervisão mais acurada sobre ações do Judiciário e o daqueles que não querem se sujeitar a ela.

Bourdieu (*apud* KILIAN, 2014) sugere que

> em toda sociedade há uma luta constante entre classes sociais para ocupar o lugar de poder e, deste modo, para garanti-lo, os detentores desse poder procurariam mostrar os interesses particulares como se fossem o interesse de toda comunidade.

Foi exatamente o que fez a AMB, quando se manifestou em relação não a uma classe social na perspectiva marxista, mas em nome de uma categoria profissional que estava descontente com a criação do CNJ. A disputa por poder aqui não se dá por meio de demonstração de força bélica ou econômica, mas por meio de embate político, em espaço onde diferentes atores vão tentar “defender” sua posição e “atacar” a do adversário, preparando “contra-ataque” que neutralize a “ameaça” que está posta.

Não por acaso as palavras que ilustram o cenário de disputa pelo poder político lembram expressões utilizadas corriqueiramente em guerras. A luta aqui não é literal, mas simbólica, embora em ambos os casos o que se busca é a vitória definitiva sobre o adversário.

Se a luta é simbólica, pode-se considerar que o poder que dela participa também é. Na proposta de Bourdieu (1989, p. 8), poder simbólico é “o poder invisível o qual pode ser exercido com cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

Ao não querer se sujeitar à supervisão do CNJ, os magistrados, em cujo benefício a AMB impetrou a ADI 3367, fizeram uma tentativa de resistir à apropriação daquele poder simbólico por outrem, uma vez que a abstenção de ação sinalizaria a aceitação tácita daquele poder invisível e suas consequências para a categoria.

Como a novidade veio à luz por meio de emenda constitucional, o campo escolhido para combatê-la teria de ser o apropriado para decisões sobre assuntos constitucionais, o STF. Embora o embate fosse político, o meio escolhido foi o judicial,

o que é característico em casos de judicialização da política. Para isso, teve a AMB de se valer de uma estrutura já montada e legitimada para isso, a instância constitucional do Poder Judiciário.

Estruturas estruturadas são uma das maneiras de enxergar os sistemas simbólicos. Para Bourdieu, tais estruturas "[...] são passíveis de uma análise estrutural. Essa análise estrutural tem em vista isolar a estrutura permanente de cada produção simbólica" (DIAS, 2012).

A AMB, no seu papel de defensora dos interesses de seus membros, os magistrados, aciona diretamente o topo da estrutura de poder judicial (e, em grande parte, político) como arena do embate. Estrutura aqui, desse modo, é utilizada tanto no sentido factual – a estrutura do Poder Judiciário, de que se valeu a AMB para combater a EC-45/2004 – como no sentido simbólico – as estruturas de poder acionadas para resolução do caso.

Ao julgar, por maioria, improcedente a ADI 3367, o STF optou por desempenhar papel político mais abrangente, na defesa de algo que interessa a toda a sociedade, na tentativa de melhorar a eficiência de todo o sistema judicial brasileiro. Poderia ter se limitado à defesa corporativa da magistratura, da qual fazem parte seus membros, mas nesse caso perderiam excelente oportunidade de exercer seu poder político, crescente na sociedade brasileira e, assim, para além de resolver um imbróglio jurídico-político, transformar-se no agente do despertar de uma nova mentalidade, como anseia Pedro Lenza (2005).

4 CONCLUSÃO

A primeira constatação é a de que, de fato, o processo de judicialização cresceu muito no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em parte pela noção de que é positiva a manutenção de um Poder Judiciário forte, mas muito mais em função de um descrédito da classe política e da percepção de que, em muitos casos, é mais fácil demandar a tutela do Estado do que se mobilizar para mudar uma mentalidade.

Em segundo lugar, essa judicialização trouxe à tona, de um lado, alguns pontos positivos para a sociedade, como maior acesso à justiça, maior garantia de direitos fundamentais, por meio da concretização da norma constitucional e ampliação de conquistas sociais via arena judiciária, o que contribuiu sobremaneira para a noção de cidadania ampliada. Por outro lado, aspectos negativos também se destacam, como a proeminência de uma supremocracia não representativa, a criação de uma cidadania clientelista e a desmobilização popular, tudo isso conduzindo ao enfraquecimento dos poderes Executivo e Legislativo.

Em terceiro, o fortalecimento do Poder Judiciário não parece significar necessariamente um fortalecimento meramente corporativo, uma vez que está em seu alcance tomar decisões que beneficiem a sociedade como um todo, como foi o caso do julgamento da ADI 3367.

Em tempos de turbulência política e econômica e de descrédito dos poderes Executivo e Legislativo, sobretudo pelas cada vez mais frequentes revelações de participação de seus membros em esquemas orquestrados de corrupção, chega a causar alívio à população o fato de a justiça intervir para interromper a queda livre moral, econômica e politica em que se encontra o país. O que se pode desejar é que a efetivação de direitos se consolide, e que o ativismo judicial, posto que visto como mal necessário, seja eterno enquanto dure, mas não dure para sempre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p.8.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1 Distrito Federal**. 13/04/2005. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371. Acesso em set. 2016.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. Consultor Jurídico. 15/09/2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: set. 2016.

CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**, Brasília: IPEA, n. 17, p. 17-73, 2009. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4353/1/bps_n.17_pol%C3%ADticaso_cial.pdf>. Acesso em: set. 2016.

CHADE, Jamil. Brasileiro é quem menos confia em político, diz pesquisa mundial. **Estadão Política**. Publicado em 11/05/2016. Disponível em http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-e-quem-menos-confia-em-politico--diz-pesquisa-mundial,10000050380. Acesso em out. 2016

DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Política & Sociedade**. N. 5, outubro de 2004. p. 139-64. Disponível em < https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/1983/1732>. Acesso em out. 2016.

DIAS, Rodrigo. Bourdieu: um clássico ainda não reconhecido como tal. Blog: **Sociologia e Antropologia**. 28/06/2012. Disponível em <http://sociologiaeantropologia.blogspot.com.br/2012/06/resenha-de-o-poder-simbolico.html>. Acesso em: jun. 2016.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminina: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 2, p. 291-308, mai./ago. 2007.

FULLIN, Carmen Sílvia. Acesso à Justiça: A construção de um problema em mutação. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219-36.

GUASTI, Rogério Wanderley. Cidadania contributiva – um dever de sustentabilidade do Estado Democrático de Direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza, 9-12/06/2010, p. 4291-301. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3440.pdf>. Acesso em: set. 2016.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2003. Disponível em <http://novo.nevusp.org/wp-content/uploads/2014/08/down086.pdf>. Acesso em: set. 2016.

KILIAN, Kathleen Nicola. O Direito pela perspectiva de Pierre Bourdieu: as ideologias e o poder simbólico. **Conteúdo Jurídico**. 23/05/2014. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-pela-perspectiva-de-pierre-bourd ieu-as-ideologias-e-o-poder-simbolico,48224.html>. Acesso em: jun. 2016.

LENZA, Pedro. Reforma do Judiciário. Emenda Constitucional nº 45/2004: Esquematização das principais novidades. **Jus Navigandi**, mar. 2005. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6463/reforma-do-judiciario-emenda-constitucional-n-45-2004>. Acesso em: jun. 2016.

MIGUEL, Luís Felipe. A mídia e o declínio da confiança na política. **Sociologias**, Porto Alegre, n.19, p. 250-73, jan./jun. 2008.

NEVES, Raphael. Transformações da Cidadania e Estado de Direito no Brasil. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179-95.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da família em a cidade antiga. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 67-82.

OLIVEIRA. Paula Julieta Jorge de. A cidadania é para todos. Direitos, deveres e solidariedade. **Âmbito Jurídico**, n. 75, abr. 2010. Disponível em <http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7642>. Acesso em: set. 2016.

RODRIGUES, José Noronha. Cidadania e Direitos Fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia.** V. 8, n. 8 (jul./dez. 2010), p. 181-212. Disponível em < https://scholar.google.com.br/scholar?q=citizenship+and+fundamental+rights&btn G=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5>. Acesso em out. 2016.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev Saúde Pública**, 2008, p. 1-5. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf. Acesso em out. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

XIMENES, Júlia Maurmann. A tensão na definição de competências entre Judiciário e Executivo – a coleta de lixo. **ENAP – Casoteca de Gestão Pública**. 2012. Disponível em <http://casoteca.enap.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=69:a-tensao-na-definicao-de-competencias-entre-judiciario-e-executivo-a-coleta-de-lixo&catid=18:politicas-publicas>. Acesso em: set. 2016.

_____. Disciplina de Sociologia Jurídica ministrada no curso de graduação em Direito da **Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público.** 1º semestre de 2016.

_____; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto Ribeiro. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. **Jus Navigandi**. 10/2009. Disponível em

<https://jus.com.br/artigos/13752/efetivacao-dos-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial/1>. Acesso em out. 2016.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 318-39.

NOVAS TECNOLOGIAS PARA MITIGAÇÃO DO IMPACTO DAS RODOVIAS SOBRE ANIMAIS SILVESTRES: A BUSCA PELA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS DE PROTEÇÃO À FAUNA NO BRASIL

Paulo Roberto Azevedo Mayer Ramalho[159]

RESUMO: O presente estudo se destina a analisar como novas tecnologias para mitigação do impacto das rodovias sobre animais silvestres podem influenciar na eficácia das normas jurídicas, inclusive constitucionais, de proteção à fauna no Brasil. Para tanto, faz-se uma revisão bibliográfica de aspectos sociológicos que levaram à criação das normas jurídicas ambientais, bem como da configuração de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que elas possuem um inerente déficit de eficácia. Isso fica claro pelo grande número de animais mortos ou feridos em rodovias, a despeito da existência de diversas normais jurídicas constitucionais e infraconstitucionais voltadas à proteção da fauna no país. Passa-se, então, a uma revisão bibliográfica acerca das tecnologias para prevenção de acidentes de trânsito em rodovias envolvendo animais, dando destaque a duas novidades, os sistemas tipo *crowdsourcing* e os veículos aéreos não tripulados (VANT). Conclui-se que essas duas novas tecnologias, mormente se agregadas às já utilizadas, podem maximizar a eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais de proteção à fauna e ao equilíbrio ambiental em geral no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Novas tecnologias. Normas jurídicas. Eficácia. Rodovias. Fauna.

NEW TECHNOLOGIES TO REDUCE IMPACT OF HIGHWAYS ON WILD ANIMALS: THE SEARCH FOR MAXIMUM EFFECTIVENESS OF LEGAL PROTECTION OF THE FAUNA IN BRAZIL

ABSTRACT: This study is intended to analyze how new technologies to mitigate the impact of highways on wildlife can influence the effectiveness of legal rules, including the constitutionals ones, of protection of fauna in Brazil. Therefore, it is a literature review of sociological aspects that led to the creation of environmental legal norms as well as the setting of such standards in the Brazilian legal system, demonstrating that they have an inherent efficiency deficit. This becomes clear by the large number of dead or injured animals on highways, despite the existence of various constitutional and infra-constitutional rules focused on wildlife protection in the country. Goes up, then, a literature review about the technologies for the prevention of traffic accidents on highways involving animals, highlighting two new features, systems like crowdsourcing and remotely-piloted aircrafts (RPA). We conclude that these two new technologies, especially if aggregated to those already used, can maximize the effectiveness of constitutional and infra-constitutional legal rules of protection of fauna and environmental balance in general in Brazil.

KEYWORDS: New technologies. Legal rules. Effectiveness. Highways. Wildlife.

---

[159] Procurador Federal. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá.

1 INTRODUÇÃO

As relações da fauna com a infraestrutura de transporte é um tema que vem ganhando cada vez mais relevância no cenário acadêmico nacional e estrangeiro. Trata-se de tema multidisciplinar, abarcando a zoologia, a biologia, a sociologia, a engenharia, a economia, o direito, entre outros ramos do conhecimento.

No Brasil, país de dimensões continentais e de grande biodiversidade, o mesmo ordenamento jurídico que pretende proteger a fauna silvestre, impõe como meta da República a busca pelo desenvolvimento e ainda garante uma série de direitos sociais, o que acaba estimulando o uso de meios de transportes rodoviários. Essas rodovias, no entanto, invariavelmente perpassam ambientes que servem de habitat para grande quantidade de espécies.

A fauna silvestre, como um dos elementos básicos da biodiversidade e do equilíbrio ambiental de qualquer território, passa a ter que conviver com uma malha rodoviária que cresce cada vez mais para atender aos legítimos anseios humanos por acesso a bens e serviços básicos para o próprio bem-estar. Vislumbra-se, pois, mais um campo de tensão entre a manutenção do equilíbrio ambiental e o desenvolvimento.

O presente estudo, pois, se destina justamente a investigar essa tensão, sob a ótica de novas tecnologias para mitigação do impacto das rodovias sobre animais silvestres e os respectivos potenciais de influenciar na eficácia das normas jurídicas, inclusive constitucionais, de proteção à fauna no Brasil.

Para tanto, são analisados os aspectos sociológicos da criação das normas jurídicas ambientais, bem como a configuração de tais normas no ordenamento jurídico brasileiro, para averiguar o atual nível de eficácia dessas normas.

Passa-se, então, a uma revisão bibliográfica acerca das tecnologias para prevenção de acidentes de trânsito em rodovias envolvendo animais, dando destaque a duas novidades, os sistemas tipo *crowdsourcing* e os veículos aéreos não tripulados (VANT), analisando, em sede conclusão, como essas novas tecnologias podem influenciar na eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais de proteção à fauna e ao equilíbrio ambiental em geral no Brasil.

2 DAS NORMAS JURÍDICAS DE PROTEÇÃO À FAUNA E SUA EFICÁCIA NO BRASIL

Em meados do século XX, começa-se a perceber os efeitos nocivos que a intensa degradação ambiental produz para a vida, a saúde e, em geral, para o bem-estar dos seres humanos.

As questões ambientais passam, então, a ter uma crescente influência na concepção de dignidade da pessoa humana, que tem como base filosófica a ideia kantiana de que o ser humano, cuja autonomia, liberdade, racionalidade e autodeterminação lhe são inerentes, não pode ser empregado como simples meio ou objeto para a satisfação da vontade alheia, devendo sempre ser tratado como fim em si mesmo ou sujeito em qualquer relação, seja em relação a outros indivíduos, seja em relação ao próprio Estado (KANT, 2010).

Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer (2012), a dignidade da pessoa humana ganha uma dimensão ecológica, o que vem forçando o pensamento contemporâneo a superar o forte antropocentrismo da filosofia kantiana e ocidental de modo geral, tendo em vista a necessidade de proteger outros elementos do meio ambiente, como a flora e a fauna, da ação do próprio homem.

Para Beck (2011), a sociedade moderna se caracteriza pelos riscos trazidos pela ação humana, fortemente marcada pela industrialização. Esses riscos, de forma inédita na história, seriam globais, irreversíveis, imperceptíveis aos sentidos humanos, cumulativos no tempo e, ademais, reflexivos, já que em algum momento acaba afetando quem os produziu. Com inegável relação com a degradação ambiental, tais riscos, quando socialmente reconhecidos, têm um grande potencial político, de modo que "sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade" (BECK, 2011, p. 28).

Nesse mesmo norte, Jonas (2006) prega que a espécie humana desenvolveu a capacidade técnica de afetar de forma irreversível e cumulativa a

natureza, o que demanda uma reconfiguração de responsabilidades, ou o que o autor chama de um agir responsável, já que a ética tradicional cuida apenas das relações dos humanos entre si e sem a preocupação com condutas cumulativas no tempo. Desse modo,

> Ao menos deixou de ser absurdo indagar se a condição da natureza extra-humana, a biosfera no todo e em suas partes, hoje subjugadas a nosso poder, exatamente por isso não se tornaram um bem a nós confiados, capaz de nos impor algo como uma exigência moral – não somente por nossa própria causa, mas também em causa própria e por seu próprio direito (JONAS, 2006, p. 26).

No âmbito sociológico, portanto, é evidente que há uma alteração significativa na forma de encarar as relações entre o meio ambiente e o homem, notadamente as futuras gerações.

Essa modificação acabou repercutindo, como de costume, no campo jurídico. O direito, pois, é chamado para desempenhar o seu corriqueiro mister: estabelecer o equilíbrio e a segurança nas relações sociais. E o faz por meio de um sistema coordenado e institucionalizado de normas, que distingue as ações humanas em atos conformes e atos desviantes em relação a suas normas (BOBBIO, 2007).

Um dos papéis elementares do ordenamento jurídico é precisamente obter o maior número possível de atos conforme o direito e, consequentemente, o menor número de atos desviantes desse direito, pois são estes últimos que geram desequilíbrios e inseguranças intoleráveis.

Por isso mesmo, sob um enfoque sociológico e político, o direito é visto como um sistema de controle social (BOBBIO, 2007). Em verdade, a sociedade deve se conformar ao direito, para que se possa deduzir a garantia de segurança nas relações sociais, e o direito deve se adequar à sociedade, para que se possa induzir a justiça nessas relações entre os indivíduos (BELCHIOR, 2011).

2.1 A eficácia das normas jurídicas ambientais

Como forma de se adaptar a essa crescente preocupação social relativa ao

meio ambiente, o ordenamento jurídico passa a comportar a proteção ao meio ambiente em sua estrutura. Assim, o agir responsável descrito por Jonas (2006) deixa de ocupar apenas o campo da ética e alcança o do direito, onde passa a ser considerado uma conduta conforme. Por outro lado, o agir que não seja considerado responsável é agora tratado como uma conduta desviante.

Ocorre que nem sempre as normas jurídicas conseguem lograr êxito em sua função de promover as condutas conformes e evitar as condutas desviantes. A esse insucesso a sociologia jurídica chama de ineficácia normativa (BIANCHI, 2010).

Cavalieri Filho (2001) indica que uma das causas dessa ineficácia seria a desatualização da norma jurídica, tendo em vista a existência de leis estáticas em meio a uma sociedade em constante modificação. Outra causa, conforme o mesmo autor, seria o oposto da anteriormente citada, ou seja, a antecipação da lei à realidade social existente.

Ainda segundo Cavalieri Filho (2001), outra causa de ineficácia das normas jurídicas seria o misoneísmo, uma espécie de aversão às novidades ou às transformações do *status quo*. Nesta hipótese, “velhos costumes e privilégios de grupo configurar-se-iam como obstáculos à aplicação ou mesmo à elaboração da lei” (BIANCHI, 2010).

Não se pode ignorar, por fim, que a observância das normas jurídicas demanda não raras vezes a atuação preventiva ou coativa de uma instituição estatal. Para tanto, é necessário que exista uma estrutura adequada em funcionamento. Nas palavras de Bianchi (2010, p. 266),

> A falta de estrutura adequada à aplicação da norma também representa um fator de ineficácia das normas jurídicas, que faz com que estas não atinjam seus objetivos sociais, pela falta de meios materiais ou humanos para uma eficiente aplicação do direito.

Ademais, sabe-se que o direito pode ser chamado a agir tanto para consolidar uma prática já largamente existente na sociedade, quanto para fazer com que práticas não tão usuais sejam mais utilizadas. As normas jurídicas ambientais, em regra, se encaixam na segunda hipótese, visto que a preocupação com o meio ambiente, da forma como se dá hoje, é um valor relativamente recente na sociedade

contemporânea, ainda muito acostumada a exercer uma dominação praticamente sem limites morais sobre os recursos naturais.

Sendo assim, a eficácia das normas jurídicas de cunho ambiental costuma ser, em geral, inferior à de outras normas jurídicas que refletem práticas já mais sedimentadas no tecido social.

2.2 A proteção da fauna no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 diz seu art. 23, inciso VII, que compete a todos os entes estatais a missão de proteger a fauna, donde se presume que tais entes estão obrigados a desempenhar atividades administrativas com essa finalidade.

Para espancar quaisquer dúvidas, o art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal enuncia:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> [...]
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Tal dispositivo traça um liame entre a proteção à fauna e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Passa, ainda, uma mensagem a administradores e legisladores, definindo linhas gerais de como deve se dar essa proteção: vedando por lei práticas que ponham em risco a função ecológica da fauna, que sujeitem espécies à extinção ou que sejam cruéis com os animais.

Antes da promulgação da Constituição Federal vigente, o Brasil já havia assinado a Convenção para a proteção da flora, fauna e das belezas cênicas dos

países da América, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 3/1948, e internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 58.054/1966, que em seu Artigo V, item 1, proclama o seguinte:

> Artigo V
>
> 1. Os Governos Contratantes resolvem adotar ou recomendar aos seus respectivos corpos legislativos competentes, a adoção de leis e regulamentos que assegurem a proteção e conservação da flora e fauna dentro de seus respectivos territórios, e fora dos parques e reservas nacionais, monumentos naturais, e reservas de regiões virgens mencionados no Art. II. Tais regulamentos conterão disposições que permitam a caça ou coleção de exemplares de fauna e flora para estudos e investigações científicos por indivíduo e organismos devidamente autorizados.

Nesse sentido foi promulgada a Lei n. 5.197/1967 que, conquanto diga em sua ementa que "dispõe sobre a proteção à fauna", se limitou, basicamente, a regulamentar a caça no Brasil e, em seu art. 36, a criar o Conselho Nacional de Proteção à Fauna, integrado, por meio do Decreto n. 97.633/1989, à estrutura do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) (SILVA, 2013).

Somente com a edição da Lei n. 7.804/1989, que fez alterações pontuais na Lei n. 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), é que a proteção à fauna passa a ser tratada na legislação infraconstitucional de modo consentâneo com a Constituição Federal de 1988. Entre outras modificações, a LPNMA passou a dispor o seguinte em seus arts. 2º, inciso VI, 3º, inciso V, e 4º, inciso IV:

> Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

> [...]
>
> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> [...]
>
> V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, *a fauna* e a flora (sem destaque no original).
>
> Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> [...]
>
> IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais.

Tendo a Lei n. 7.804/1989 alterado a redação do art. 3º, inciso V, da LPNMA, restou previsto expressamente no texto legal como princípio e objetivo da política nacional do meio ambiente, o incentivo ao estudo, à pesquisa e ao desenvolvimento de tecnologias orientadas para a proteção dos recursos ambientais, entre os quais se inclui a fauna.

Não se olvide ainda que a Lei n. 9.605/1998 dedica toda uma Seção do seu Capítulo V aos crimes contra a fauna, prevendo, em seu art. 32, que “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” sujeita o autor à pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. Doutro giro, o Decreto n. 6.514/2008, em seu art. 29, considera a mesma conduta como infração administrativa, sujeitando o infrator a multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo.

2.3 A eficácia das normas jurídicas de proteção à fauna no Brasil

Como se viu, as normas jurídicas ambientais geralmente costumam ter um déficit de eficácia e o Brasil possui em seu ordenamento jurídico diversas normas jurídicas dessa espécie, inclusive no âmbito constitucional, que se destinam à proteção da fauna. Consequentemente, é de se supor que as normas jurídicas brasileiras de proteção à fauna, mesmo as constantes no texto constitucional sejam em certa medida ineficazes.

Se, de um modo geral, a ineficácia das normas jurídicas acarreta sérios problemas sociais, a ineficácia de normas constitucionais gera problemas ainda mais graves, já que se tratam de normas fundantes do próprio ordenamento jurídico. A não observância, portanto, de normas previstas em uma constituição se espraia por todas as normas que delas derivam, possibilitando o malferimento de valores caríssimos à sociedade.

Por isso, a doutrina constitucionalista é praticamente unânime ao afirmar a existência do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, como decorrência de sua força normativa (HESSE, 1991), consiste em lhes conferir o significado de maior eficácia, aproveitando ao máximo as suas potencialidades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

No Brasil, a ineficácia das normas jurídicas ambientais pode viabilizar uma desenfreada degradação de recursos ambientais relevantíssimos não apenas para o país, como para todo o planeta. É o caso da floresta amazônica, bem como dos extensos recursos hídricos nacionais, cuja integridade está ligada ao bem-estar de um grande número cidadãos, brasileiros e estrangeiros (BIANCHI, 2010).

Tratando-se especificamente das normas constitucionais voltadas à proteção faunística, sua ineficácia pode levar à perda da função ecológica da fauna ou à extinção de espécies, desequilibrando o meio ambiente e dando margem à ocorrência de diversos eventos que podem prejudicar direitos fundamentais garantidos pela própria Constituição, como, p. ex., o direito à saúde (BIANCHI, 2010).

Não restam dúvidas, pois, acerca da necessidade de perseguir a máxima eficácia das normas jurídicas em geral e especialmente das normas constitucionais relativas à proteção da fauna no Brasil.

3 DAS RODOVIAS E SEUS IMPACTOS SOBRE A FAUNA SILVESTRE

A Lei n. 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seu anexo I, define rodovia como “via rural pavimentada”. Sabe-se, no entanto, que existem rodovias que não são pavimentadas e que adentram áreas urbanas.

Já o Glossário de Termos Técnicos Rodoviários do extinto Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER, 1997, p. 101), define rodovia, enquanto sinônimo de estrada de rodagem, como “estrada que, tendo a sua plataforma devidamente preparada e pavimentada, se destina a circulação de veículos automotores”. Além da já registrada crítica à pavimentação, também é questionável a destinação à circulação de veículos automotores. Isso porque o próprio CTB prevê a possibilidade de trânsito de veículos de tração humana, de tração animal, de pedestres e mesmo animais nessas vias.

Analisando o conteúdo do CTB juntamente com o da Lei n. 12.379/2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação, percebemos as rodovias justamente como um dos elementos básicos do sistema de viação que, destituídos de trilhos, têm como finalidade a interligação terrestre entre núcleos urbanos separados por áreas rurais, e isso por meio da circulação de veículos automotores, de tração humana, de tração animal, de pedestres ou de animais conduzidos por guia.

3.1 Rodovias e desenvolvimento

Dada a concepção de rodovia acima, não há como deixar de notar que se trata de um dos principais vetores de desenvolvimento econômico do país. Essa noção já pode ser captada pelo disposto nos arts. 16, inciso III, e 38, inciso IV, ambos da já citada Lei n. 12.379/2011, senão vejamos:

> Art. 16. Fica instituída, no âmbito do Subsistema Rodoviário Federal, a Rede de Integração Nacional - RINTER, composta pelas rodovias que satisfaçam a 1 (um) dos seguintes requisitos:
>
> [...]
>
> III - atender a fluxos de transporte de grande relevância econômica; e
>
> Art. 38. Os Sistemas de Viação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios abrangem os diferentes meios de transporte e constituem parcelas do Sistema Nacional de Viação, com os objetivos principais de:
>
> [...]

> IV - possibilitar a circulação econômica de bens e prover meios e facilidades de transporte coletivo de passageiros, mediante oferta de infraestrutura viária adequada e operação racional e segura do transporte intermunicipal e urbano.

Vale recordar que a Constituição Federal, em seu art. 3º, incisos II e III, enuncia que:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> [...]
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Para demonstrar a importância das rodovias para a economia nacional, pode-se afirmar que, excluída a quantidade de minério de ferro transportado por ferrovias, o modal rodoviário representa 70% (setenta por cento) do total de cargas transportadas no território brasileiro (CAMPOS NETO et al., 2011).

Outrossim, as rodovias estão diretamente ligadas ao desenvolvimento não apenas econômico, mas social, já que permitem, além da circulação de bens e ideias, o acesso de grandes populações a educação, saúde, trabalho e outros direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988.

No âmbito federal, cumpre ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), nos termos do art. 80 da Lei n. 10.233/2001,

> Implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.

Ao lado do DNIT está a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), entidade a quem incumbe, conforme o art. 24, inciso V, da Lei n. 10.233/2001, “editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de

prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos”. A ANTT, com isso, fica encarregada das rodovias federais concedidas à exploração pela iniciativa particular.

3.2 Rodovias e meio ambiente

Em uma confirmação da teoria de que o desenvolvimento acaba por gerar riscos de toda sorte (BECK, 2011), as rodovias, embora tragam inegáveis efeitos positivos para sociedade, também causam notórios efeitos negativos, muitos dos quais de cunho ambiental.

Nesse sentido, Vasconcellos (2010), baseando-se em diversos autores nacionais e internacionais, aponta para a ocorrência de impactos múltiplos: poluição atmosférica e sonora, bem como ao solo. O Ministério do Meio Ambiente (2016) também atribui à expansão da malha viária a fragmentação de ambientais naturais, acarretando danos à flora e, principalmente, à fauna.

Não se pode ignorar que a própria Constituição Federal, em seu art. 170, inciso VI, dispõe que:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

No mesmo norte, a LPNMA, em seu já citado art. 4º, mas no inciso I, determina que “a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

O desenvolvimento, portanto, deve necessariamente observar critérios de sustentabilidade ambiental, de modo a evitar ou ao mitigar os impactos negativos por

ele causados. Nas palavras de Freitas (2012),

> A sustentabilidade do desenvolvimento, afastadas as crendices no progresso linear e automático, não é, como muitos imaginam, um princípio trivial, de continuidade do crescimento econômico cego, a qualquer custo. Tampouco pode ser vista como relacionada a empreendimentos dirigidos à estrita e imediatista satisfação de necessidades materiais, não raro artificialmente fabricadas.
>
> A postura sustentável, sem se autocontradizer, é bioética (autodeterminada, materialmente justa, não maleficente e beneficente), ecologicamente responsável e segura, que jamais acarreta sacrifícios desproporcionais à vida.

A principal ferramenta para conciliar desenvolvimento e ambiente é o licenciamento ambiental, municiado, quando o for o caso, do respectivo estudo prévio de impacto, como aliás é exigido pelo art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição para obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. A LPNMA também exige, em seu art. 10, inciso IV, prévio licenciamento ambiental para construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades capazes de causar degradação ambiental.

Por sua vez, a Resolução n. 01/1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), em seu art. 1º, traz a definição de impacto ambiental, nos seguintes termos:

> Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:
>
> I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> II - as atividades sociais e econômicas;
>
> III - a biota;
>
> IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
>
> V - a qualidade dos recursos ambientais.

O art. 2º, inciso I, da mesma Resolução ainda dispõe que atividades relacionadas a rodovias com duas ou mais faixas de rolamento dependerão da

elaboração de estudo impacto ambiental, acompanhado de respectivo relatório de impacto ambiental, a ser aprovado pelo órgão competente.

Sendo assim, obras e atividades referentes a rodovias, seja implantação, conservação, duplicação, entre outras, são, em regra, sujeitas a licenciamento ambiental, no qual o órgão ou entidade competente exigirá do empreendedor que adote as medidas protetivas cabíveis para evitar ou mitigar os impactos ambientais eventualmente constatados.

Ocorre que várias rodovias foram implantadas muito antes do surgimento das normas acima mencionadas, razão pela qual não foram submetidas a qualquer procedimento de estudo de impacto ambiental. Para solucionar essa questão no âmbito federal, foi editada a Portaria Interministerial MMA/MT n. 288/2013, que institui o Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis (PROFAS), para fins de regularização ambiental das rodovias federais.

3.3 Impactos causados por rodovias à fauna silvestre brasileira

A Portaria Ibama n. 93/1998, em seu art. 2º, inciso I, define como fauna silvestre brasileira “todos os animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras”.

Unindo o disposto no já transcrito art. 1º da Resolução Conama n. 01/1986, que traz a definição de impactos ambientais, com a definição de fauna silvestre brasileira do art. 2º, inciso I, da Portaria Ibama n. 93/1998, temos a definição do que se pode entender como impactos causados aos animais silvestres no Brasil, qual seja: qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam os animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do Território Brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras.

As rodovias, ao promoverem, como já registramos em linhas anteriores, a

fragmentação de ambientes naturais, acabam afetando inúmeras espécies nativas das mais variadas formas. A poluição atmosférica, sonora e o embarreiramento acabam por dificultar, p. ex., a dispersão de espécimes, o acesso a alimentos e a reprodução (EIGENBROD; HECNAR; FAHRIG, 2009).

A consequência mais extrema, contudo, é o atropelamento de animais que tentam atravessar a via e acabam mortos ou seriamente feridos. No Brasil, estima-se que, por ano, cerca de quatrocentos e setenta e três milhões de animais silvestres sejam mortos por atropelamento nas rodovias do país (BAGER et. al., 2016). Cerca de 90% (noventa por cento) desses seriam pequenos vertebrados, 9% (nove por cento) seriam vertebrados de médio porte e 1% (um por cento) seria vertebrados de grande porte (BAGER et. al., 2016).

Essas mortes afetam a sobrevivência imediata de muitos espécimes, representando um grave problema de conservação, vez que a sobrevivência a longo prazo de uma população local ou mesmo regional pode estar sob ameaça (HUIJSER et al., 2008).

Não custa lembrar que o Brasil possui extensa malha viária singrando biomas de grande biodiversidade, como é o caso da BR-230 na Amazônia e da MT-060 no pantanal mato-grossense, o que torna ainda mais preocupante essa questão.

Tal realidade existe a despeito de os órgãos públicos ligados à administração de trânsito e da infraestrutura rodoviárias do país, muitas vezes em cumprimento a condicionantes contidas em licenciamento ambiental, coligirem esforços para prevenir acidentes envolvendo animais silvestres, por meio de diversas medidas como campanhas educacionais, sinalização adequada, equipamentos redutores de velocidade e criação de passagens de fauna (DNIT, 2012).

Isso evidencia os atuais riscos de perda da função ecológica e até extinção de espécies silvestres, demonstrando em boa medida a ineficácia dos já mencionados art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal e demais dispositivos legais infraconstitucionais de proteção à fauna. Disso pode resultar desequilíbrios ecológicos de toda ordem, suscitando a ineficácia também do disposto no art. 225, caput, da Constituição Federal, que pretende garantir a todos o direito ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

4 DA IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS NA ATENUAÇÃO DO IMPACTO DAS RODOVIAS SOBRE A FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA

Como se percebe pelos capítulos anteriores, a despeito de o Brasil ter em seu ordenamento jurídico inúmeras normas acerca da proteção a animais silvestres, elas não têm alcançado a eficácia esperada quando se trata do impacto de rodovias sobre a fauna.

Conquanto os órgãos públicos ligados tanto à gestão ambiental quanto à administração de trânsito e da infraestrutura rodoviária do país envidem esforços para prevenir acidentes envolvendo animais silvestres, o número de espécimes mortas ou gravemente feridas nas rodovias do país ainda pode ser considerado bastante alto.

Assim, é de se cogitar a implementação de novas tecnologias, tais como utilização de sistemas de informática tipo *crowdsourcing* ou veículos aéreos não tripulados (VANT), conforme se explica mais detidamente a seguir, tudo para alcançar uma maior eficácia das normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais de proteção à fauna e, em última análise, do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4.1 Das dificuldades inerentes à prevenção de atropelamentos de animais silvestres

Antes de abordar especificamente novas tecnologias para proteção da fauna brasileira em rodovias, cumpre tecer algumas considerações acerca das dificuldades inerentes à prevenção de atropelamentos de animais silvestres.

Embora se tenha no Brasil uma crescente produção científica sobre o impacto de rodovias sobre a fauna, ainda nos limitamos a utilizar técnicas e medidas de proteção relativas a regiões temperadas, como América do Norte e Europa, que

não são totalmente adequadas a territórios tropicais, como é o caso do brasileiro (MYERS et al., 2000). Isso faz com essas tecnologias tenham, de plano, uma menor eficiência na proteção à animais silvestres locais.

Além disso, sabe-se que essas técnicas e medidas, mesmo em suas regiões originais, não tem uma eficiência plena. As campanhas educativas, assim como a sinalização da rodovia simplesmente alerta para a possível existência de um animal na pista, de modo que se efetivamente surgir algum, tanto o condutor quanto o animal silvestre terão que se valer de seus reflexos para evitar o acidente. O mesmo se pode dizer com relação aos equipamentos redutores de velocidade, sendo que estes, ao induzirem o condutor a diminuir a velocidade do veículo, aumentam a chance de sucesso de uma manobra de desvio.

No que se refere às passagens de fauna, ainda que possam ser bem mais eficientes que as acima analisadas por permitirem uma travessia por baixo ou por cima das pistas de rolamento, podem ter um custo financeiro elevado para sua implantação e manutenção, especialmente em rodovias antigas, como algumas brasileiras. As rodovias suspensas, por sua vez, se apresentam como a solução mais eficiente no que tange à proteção da fauna, mas podem ter custo econômico proibitivo, máxime para países em desenvolvimento e de dimensões continentais como o Brasil.

Fica clara aqui outra das já mencionadas causas de ineficácia das normas jurídicas, qual seja, a insuficiência de recursos materiais e humanos a possibilitar uma atuação preventiva ou coativa eficiente de uma instituição estatal.

Como se não bastasse, considerando que as possibilidades de acesso a rodovias por animais silvestres, no Brasil, são praticamente ilimitadas, ao passo que os recursos do proprietário da via, normalmente um ente estatal, são escassos, é necessário que existam protocolos sólidos para definir ao menos quais as quantidades toleráveis de acidentes e quais espécies teriam prioridade na proteção. Desse modo, poder-se-ia otimizar a distribuição dos recursos disponíveis. Ocorre que, atualmente, esses protocolos ainda não existem.

4.2 *Sistemas tipo crowdsourcing*

Embora não tenha uma definição teórica pacífica, Estellés-Arolas e Gonzáles-Ladrón-de-Guevara (2012, p. 9-10), pregam que o *crowdsourcing* seria, em tradução livre,

> Um tipo de atividade online participativa em que um indivíduo, uma instituição, uma organização sem fins lucrativos ou empresa propõe para um grupo de indivíduos de variados conhecimentos, heterogeneidade e número, por meio de uma flexível chamada aberta, a assunção voluntária de uma tarefa. O compromisso da tarefa, de variável complexidade e modularidade, e na qual a multidão deve participar trazendo seu trabalho, dinheiro, conhecimento e/ou experiência, sempre implica benefício mútuo. O usuário receberá a satisfação de um determinado tipo de necessidade, seja, o reconhecimento econômico social, auto-estima, ou o desenvolvimento de habilidades individuais, enquanto o *crowdsouce*r irá obter e utilizar para sua vantagem aquilo que o usuário houver trazido para o empreendimento, cuja forma dependerá do tipo de atividade realizada.

Esses sistemas tipo *crowdsourcing* permitem que todos os que desejarem contribuir com a realização de uma tarefa que exija esforço coletivo o façam, desde que possuam algum equipamento que possibilite o compartilhamento de dados pela internet.

É nesse sentido que tais sistemas podem ser utilizados para proteção direitos. O Tribunal de Contas da União (TCU) inclusive já estuda a possibilidade de utilizá-los para fiscalização de obras, notadamente as rodoviárias (VITAL et al., 2015).

Não se ignora ainda que já existem no Brasil sistemas tipo *crowdsourcing* para monitorar o atropelamento de fauna. O Sistema Urubu, desenvolvido pela Universidade Federal de Lavras (Ufla), é um dos exemplos. Nas palavras de Bager et. al. (2016),

> Para a coleta de dados foi idealizado um aplicativo para smartphone/tablets, denominado Urubu Mobile. O Urubu Mobile (ver http://cbee.ufla.br/portal/sistema_urubu/urubu_mobile.php) supre duas demandas distintas, uma técnica/científica onde pesquisadores, consultores e concessionárias de rodovias podem utilizar o sistema para coletar dados de atropelamento e avaliá-los considerando o esforço amostral. E uma versão aberta, destinada a qualquer pessoa preocupada com a conservação da biodiversidade. Em ambos os casos o usuário

> não precisa ter conhecimento de identificação de fauna pois o Sistema possui avaliadores ad hoc (ver Urubu Web, abaixo). Ao localizar um animal atropelado a pessoa liga o aplicativo e tira uma foto que automaticamente registra a posição geográfica e a data. Este conjunto de dados pode ser encaminhado imediatamente ou aguardar que o usuário encontre uma rede de conexão wifi.
>
> O segmento de gestão de dados, denominado Urubu Web (http://cbee.ufla.br/portal/ sistema_urubu/urubu_web.php), reúne a gestão pessoal de dados, onde o usuário pode acessar e visualizar as informações que encaminhou para o sistema, assim como o andamento do processo de validação, explicado na sequência. O mesmo Urubu Web permite a gestão institucional dos dados, viabilizando o cadastro de parceiros institucionais, projetos, perfis de acesso, campos que serão disponibilizados para visualização, entre outros. Um aspecto fundamental deste sistema é o processo de validação de todas as fotos que são encaminhadas pelo Urubu Mobile. O Sistema Urubu conta atualmente com 800 consultores ad hoc, especialistas em diferentes classes faunísticas de vertebrados, e que colaboram com a identificação dos animais através das fotos enviadas. Cada foto é validada por cinco profissionais e somente são inclusas as informações que obtiveram consenso de, no mínimo, três validadores. Este aspecto confere ao Sistema Urubu a funcionalidade de poder ser utilizado para planejamento de estratégias de conservação da biodiversidade em longo prazo.
>
> Finalmente, o terceiro segmento é o de análise (em desenvolvimento) e visualização de dados. A visualização pode ser realizada através do Urubu Map (http://sig.bafs.cbee.ufla.br) ou por relatórios padrões disponíveis no Portal do Centro Brasileiro de Estudos em Ecologia de Estradas (CBEE) (http://cbee.ufla.br/portal/sistema_urubu/urubu-info.php).

Outro sistema semelhante, desenvolvido pelo Núcleo de Ecologia de Rodovias e Ferrovias da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (NERF/Ufrgs), é o Siriema - Spatial Evaluation of Road Mortality Software (UFRGS, 2015).

Essas ferramentas possibilitam o mapeamento de atropelamentos de animais, permitindo, com isso, a gestão de riscos por meio de protocolos para destinação de recursos para os locais mais críticos, o que pode majorar a eficiência de técnicas e medidas voltadas para a prevenção de acidentes com animais em rodovias. Consequentemente, aumentar-se-ia a eficácia das já citadas normas jurídicas de proteção à fauna,

Vale destacar que esses sistemas tipo *crowdsourcing* possibilitam uma espécie de reorganização de poder (BECK, 2011), já que ao menos uma parte do monitoramento da fauna, comumente atribuída a um ente estatal, passa a ser exercida também pela sociedade, suscitando um agir responsável dos cidadãos (JONAS, 2006).

4.3 Veículos aéreos não tripulados (VANT)

Outra nova tecnologia que merece menção são os veículos aéreos não tripulados (VANT), que, dotados de hélices ou asas fixas, são guiados por controle remoto ou por plano de voo pré-definido com auxílio de GPS (LIPARELLI, 2016).

Quando acoplados a câmeras, inclusive infravermelhas para visão noturna, podem se constituir em valiosíssima ferramenta de observação de grandes territórios ao seu redor e, consequentemente, para a fiscalização dessas áreas, tudo a um custo econômico consideravelmente inferior à obtenção de imagens por satélite (LIPARELLI, 2016).

O TCU, tal como ocorre com a tecnologia mencionada no tópico imediatamente anterior, já vem elaborando estudos acerca da viabilidade de uso de VANT na fiscalização de grandes obras, especialmente as rodoviárias (VITAL et al., 2015).

No que se refere à proteção da fauna, os VANT podem ser utilizados pelo Poder Público para tornar mais ágil e confiável a inventariança ambiental promovida no licenciamento de obras ou atividades, rodoviárias ou não. Segundo Liparelli (2016), as imagens produzidas por VANT permitem avaliar com mais precisão a estrutura e a dinâmica de mosaicos heterogêneos de habitats existentes na região, bem como os efeitos deles nos processos ecológicos.

Não se olvida que devem ser respeitadas normas de segurança de vôo, como, p. ex., habilitação dos operadores, distância mínima de aeroportos, altura máxima de voo, entre outras que já estão em processo de formulação na Agência Nacional de Aviação Civil (2015). No entanto, é inegável que, com o uso de VANT,

haveria mais facilidade na identificação de corredores de fauna, onde seria mais premente a necessidade de adotar algumas das técnicas e medidas protetivas rodoviárias tradicionais, como sinalização adequada, aposição de equipamentos de redução de velocidade, passagens de fauna etc.

Cumpre notar que as funcionalidades dos VANT podem servir para a feitura do *as built* ambiental da rodovia, que nos termos do Glossário de Termos Técnicos Ambientais Rodoviários do DNIT (2006),

> É o instrumento técnico desenvolvido com o objetivo de deixar registrado, de forma textual sucinta e com apresentação gráfica, as atividades e ações desenvolvidas e os objetivos alcançados em termos de tratamento ambiental vinculado à execução de uma obra rodoviária e conforme o constante no PBA.
>
> O As Built Ambiental, cuja confecção deve ser municiada pelo Monitoramento Ambiental da Obra deverá, com o objetivo de subsidiar o processo de Monitoramento na fase de Operação da Rodovia, contemplar em especial a abordagem das situações qualificadas como críticas e de, priorizar as situações que potencialmente sejam suscetíveis de apresentar efeitos impactantes indesejáveis e que demandarão um acompanhamento sistemático e/ou mais atento na fase de operação de rodovia.

Como bem se vê, o uso de VANT poderá subsidiar não apenas o licenciamento ambiental da obra rodoviária, como o próprio monitoramento da obra, até mesmo quando a rodovia entrar em operação, causando os já aludidos impactos à fauna silvestre.

Vale ressaltar que esta tecnologia, assim como os sistemas tipo *crowdsourcing*, não são excluem outras que já são utilizadas. Também não são as únicas novidades com potencial. Todas as tecnologias disponíveis, em verdade, devem ser integradas para que, em conjunto, reforcem reciprocamente as respectivas eficiências e, desse modo, aumentem a eficácia das normas jurídicas protetivas da fauna e do equilíbrio ambiental em geral.

Note-se que essa tecnologia permite que o Poder Público, ainda que em colaboração com particulares contratados, adote um agir mais responsável (JONAS, 2006) em relação aos riscos ambientais gerados pelas rodovias (BECK, 2011).

5 CONCLUSÃO

Restou demonstrado que o Brasil possui uma vasta gama de normas jurídicas ambientais, mesmo em sede constitucional, mas elas, seja em virtude de um certo misoneísmo ou da falta de meios materiais e humanos adequados para adoção de medidas coativas ou preventivas por instituições estatais, não têm, de um modo geral, a eficácia esperada.

As rodovias brasileiras, conquanto sejam um dos maiores vetores do desenvolvimento socioeconômico nacional, também acarretam desequilíbrios ambientais, a despeito de os órgãos responsáveis pela gestão de meio ambiente, do trânsito e do transporte do país envidarem esforços com a realização de campanhas educativas, a sinalização da via, a aposição de equipamentos redutores de velocidade, passagens de fauna entre outras medidas.

Um dos principais efeitos negativos sobre o meio ambiente causados pelas rodovias é o vultoso número de atropelamentos de animais silvestres, número este que se convola em prova cabal do mencionado déficit de eficácia das normas jurídicas ambientais pátrias, a exigir a implementação de novos métodos para a proteção da fauna nessa seara.

Nesse sentido, sistemas tipo *crowdsourcing*, que permitem o fornecimento de informações, por todos os cidadãos, sobre atropelamentos de animais, bem como o uso de veículos aéreos não tripulados (VANT), para identificação de pontos críticos de impactos sobre a fauna, são novas tecnologias que podem tornar mais eficientes os meios de proteção à fauna.

Todas as tecnologias disponíveis, novas ou não, se integradas podem gerar uma sinergia, reforçando reciprocamente as respectivas eficiências e, consequentemente, maximizando a eficácia das normas jurídicas, inclusive constitucionais, protetivas da fauna e do equilíbrio ambiental em geral.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). *Drones*, 2016. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/drones>. Acesso em: 11 set. 2016.

BAGER, A. et al. Os Caminhos da Conservação da Biodiversidade Brasileira frente aos Impactos da Infraestrutura Viária. Revista Biodiversidade Brasileira, n. 1 (2016): Monitoramento da conservação da biodiversidade, p. 75-86. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/revistaeletronica/index.php/BioBR/article/download/530/456>. Acesso em: 10 set. 2016.

BECK, U. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCHI, P. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, N. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Decreto Legislativo n. 3, de 13 de fevereiro de 1948. Aprova a Convenção para a proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América assinada pelo Brasil a 27 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-3-13-fevereiro-1948-364761-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Decreto n. 58.054, de 23 de março de 1966. Promulga a Convenção para a proteção da flora, fauna e das belezas cênicas dos países da América. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58054-23-marco-1966-398707-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, a Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7804.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Lei n. 12.379, de 6 de janeiro de 2011. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação – SNV [...] e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12379.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Resolução n. 01, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Ministério do Meio Ambiente. Espécies Brasileiras Ameaçadas de Extinção, Sobreexplotadas ou Ameaçadas de Sobreexplotação, 2016. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/especies-ameacadas-de-extincao>. Acesso em: 10 set. 2016.

______. Ministério do Meio Ambiente e Ministério dos Transportes. Portaria Interministerial MMA/MT n. 288, de 16 de julho 2013. Institui o Programa de Rodovias Federais Ambientalmente Sustentáveis – PROFAS, para fins de regularização ambiental das rodovias federais. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/images/MEIO_AMBIENTE/LEGISLACAO/Portaria288 2013.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

CAMPOS NETO, C. et al. *Gargalos e Demandas da Infraestrutura Rodoviária e os Investimentos do PAC*: Mapeamento IPEA das Obras Rodoviárias. Texto n. 1592. IPEA, 2011.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM (DNER). Glossário de termos técnicos rodoviários, 1997. Disponível em: <http://www1.dnit.gov.br/arquivos_internet/ipr/ipr_new/manuais/DNER-700-GTTR.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Glossário de termos técnicos ambientais rodoviários, 2006. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/images/GLOSSARIO/Glossario_Tecnicos_ambientais TerrestreDNIT10.08.06.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Monitoramento e mitigação de atropelamento de fauna. Coleção Estrada verde, volume 1, jun. 2012. Disponível em: <http://www.dnit.gov.br/download/meio-ambiente/colecao-estrada-verde/monitoramento-e-mitigacao-de-atropelamento-de-fauna.pdf>. Acesso em: 11 set. 2016.

EIGENBROD, F.; HECNAR, S. J.; FAHRIG, L. *Accessible habitat*: an improved measure of the effects of habitat loss and roads on wildlife populations. Landscape Ecology, Dordrecht, v. 23, p. 159-168, Jan. 2008.

ESTELLÉS-AROLAS, E.; GONZÁLEZ-LADRÓN-DE-GUEVARA, F. *Towards an integrated crowdsourcing definition*. Journal of Information Science, 2012. Disponível em: <http://www.crowdsourcing-blog.org/wp-content/uploads/2012/02/Towards-an-integrated-crowdsourcing-definition-Estell%C3%A9s-Gonz%C3%A1lez.pdf>. Acesso em 10 set. 2016.

FREITAS, J. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUIJSER, M.P. et al. *Wildlife-vehicle collision reduction study*: Report to congress. U.S. Department of Transportation, Federal Highway Administration, Washington D.C., 2008, p. 174.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE (IBAMA). Portaria n. 93, de 7 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/fauna_silvestre_2/legislacao_fauna/1998_ibama_portaria_93_1998_importacao_exportacao_fauna_silvestre__lista_fauna_domestica.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

JONAS, H. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, I. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ícone, 2007.

LIPARELLI, T. *Drones nos estudos de fauna*. Série equipamentos de campo. Biohub, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/lpambiental/docs/drone_nos_estudos_de_fauna_ebook>. Acesso em: 11 set. 2016.

MYERS, N. et al. *Biodiversity hotspots for conservation priorities*. Nature, London, v. 403, p. 853-858, Feb. 2000.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ambiental*: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, J. A. da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SORBANSKI, M. B.; RATTON, P.; RATTON, E. *Segurança rodoviária e conservação da vida selvagem*, 42ª Reunião Anual de Pavimentação, 16º Encontro Nacional de Conservação Rodoviária, disponível em: <http://www.itti.org.br/portal/images/Artigos_certos/SEGURAN%C3%87A%20RODOVI%C3%81RIA%20E%20CONSERVA%C3%87%C3%83O%20DA%20VIDA%20SELVAGEM%20-%20Sobanski.PDF>. Acesso em: 10 set. 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (Ufrgs), Núcleo de Ecologia de Rodovias e Ferrovias (NERF). Conheça o Siriema, 2015. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/siriema/>. Acesso em: 11 set. 2016.

VASCONCELLOS, E. A. *Transporte e meio ambiente*: conceitos e informações para análise de impactos. São Paulo: Annablume, 2008.

VITAL, A. L. F. da S. *Fiscobras*: uma obra em construção. Revista do TCU, n. 133, p. 32-39, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/1303/1382>. Acesso em: 11 set. 2016.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: ESTUDO COMPARADO ENTRE OS CONTEXTOS BRASILEIRO E SUL-AFRICANO.

THE UNCONSTITUTIONAL MATTER OF THINGS AND MEANINGFUL ENGAGEMENT: A COMPARATIVE STUDY OF BRAZIL AND SOUTH AFRICA

Vitor Silva de Araújo[160]

RESUMO

A importação de conceitos estrangeiros por vezes é utilizada como meio na busca de soluções para problemas locais complexos. Está em curso, no Supremo Tribunal Federal, a ADPF 347, que invoca o estado de coisas inconstitucional e pede a implementação de diversas medidas que podem nos remeter ao compromisso significativo como meios para a solução da situação no sistema carcerário nacional. Tendo em vista suas respectivas origens, Colômbia e África do Sul, até que ponto a importação desses institutos para o nosso contexto jurídico seria eficaz?

Considerando que, mesmo antes da importação do conceito do estado de coisas inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal invocou suas premissas para fundamentar algumas decisões e que, de certo modo, isso causou grande debate jurídico-acadêmico, mas pouco efeito pragmático, decidi analisar a outra alternativa, o compromisso significativo. Sob quais premissas se desenvolveu esse instituto e qual o contexto jurídico, político e cultural adequado para a sua implantação?

Observando os princípios lançados na Constituição Sul-Africana, percebe-se que há uma sólida base filosófica e jurídica que permitiram o desenvolvimento do compromisso significativo, dentre eles: a cultura jurídica do *common law* e o governo cooperativo. Nesse sentido, necessário se faz refletir se o Brasil possui os mesmos meios para aplicar esta ferramenta.

Palavras-chave: Compromisso significativo; cultura jurídica; importação institucional, estado de coisas inconstitucional.

---

[160] Graduando em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

ABSTRACT

The use of foreign concepts and institutions as solutions for indigenous problems is quite common. While dealing with the national prison system, through the ADPF 347, the brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) termed it an “unconstitutional matter of things” (estado de coisas inconstitucional) and, furthermore, called for the implementation of several measures akin to a “meaningful engagement” (compromisso significativo). Considering that both of these institutes trace their origins to foreign legal contexts, respectively, Colombia and South Africa, the question arises as to their efficacy in our national system.

Inasmuch as even before its’ practical use of the “unconstitutional matter of things” the Supremo Tribunal Federal invoked some of its main features, generating quite a stir and significant legal and academic debates, though little practical results, this paper aims to analyze the latter of the institutes, “meaningful engagement”.

First, we focus on its` main principles, as well as the legal, politic and cultural contexts in which it was first applied.

Second, we discuss the brazilian legal context and culture, mainly as to its`disposition to the effective use of the meaningful engagement.

As a tentative conclusion, we propose that while the South African Constitution creates a robust philosophical and legal basis for the efficacy of meaningful engagement (such as a common law system and a cooperative government), the same cannot be said about the Brazilian Constitution, as it reflects a legalist and positivist culture, not quite appropriate to the solutions and proposals entailed in meaningful engagement.

Keywords: meaningful engagement, legal couture, institutional importing, unconstitutional matter of things.

1. Conceituações introdutórias.

Por vezes, as cortes constitucionais mundo a fora se deparam com casos em que se verifica o massivo, estrutural e reiterado desrespeito a diversos direitos fundamentais, praticado por vários entes estatais, em todas as esferas e poderes. A saída encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia para viabilizar uma solução foi declarar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) com o objetivo de destravar a máquina pública e tentar desatar os nós causados em algumas circunstâncias pelas próprias disfunções do sistema.

A premissa principal do ECI é a permissão do Poder Judiciário de determinar aos órgãos envolvidos que executem ações no sentido de resolver o dramático quadro, não só das partes postulantes, mas de todos os possíveis impactados. Avança o Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa e interfere nas decisões do administrador público, numa atuação que resignifica o que entendemos por separação de poderes.

Como uma alternativa a essa solução, a Suprema Corte Sul-Africana, numa tentativa de tornar efetivas as decisões judiciais e de cessar o desrespeito descontrolado de direitos, cunhou o que ficou conhecido como “compromisso significativo” (*meaningful engagement*). Uma solução simples, porém arrojada, pois reinterpreta profundamente alguns conceitos da República e do Federalismo na busca de uma solução efetiva que envolva entes federados distintos e diversos órgãos em todas as esferas de poder.

No contexto sul-africano, em se tratando de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, o Judiciário atua, precipuamente, não como juiz, mas como um facilitador do encontro dos diversos órgãos envolvidos e da sociedade, que devem mutuamente traçar uma solução para a situação, movidos pela cooperação, pelo diálogo e pelo acordo. Atuando a Suprema Corte apenas como órgão homologador e fiscalizador do processo.

Nesse sentido, questionamos qual seria a possibilidade de recepção desses institutos para a ordem jurídica brasileira. Assim, o objetivo deste trabalho é entender se o ordenamento jurídico nacional possui as características que possibilitaram às Supremas Cortes sul-africana e colombiana a construção do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo. Seriam amplamente recepcionáveis ou haveria a necessidade de ampla adaptação? O compromisso significativo foi, de

fato, uma inovação jurídica ou um resultado, de certa forma, esperado, tendo em vista os princípios constitucionais do Estado sul-africano?

É importante esclarecer, todavia, que estamos lidando com conceitos jurídicos em amadurecimento quer do ponto de vista legislativo, jurisprudencial ou mesmo doutrinário. Portanto, mesmo que algumas linhas gerais sejam traçadas não há, neste trabalho, a pretensão de conceituar objetivamente os institutos do estado de coisas inconstitucional ou do compromisso significativo, muito menos afirmar que, fora o caso explícito do estado de coisas inconstitucional, o STF esteja necessariamente utilizando tal ou qual instituto. Há semelhanças e contrapontos cruciais entre eles e, inclusive, entre outros institutos processuais (como as decisões estruturantes[161], por exemplo). Neste ponto, a definição do que a ADPF 347 está ou não pedindo é secundária, pois o objetivo deste trabalho, como dito, é analisar em que medida podemos importar soluções processuais estrangeiras sem levar em conta o contexto onde elas foram desenvolvidas.

Com vistas aos objetivos propostos, o texto a seguir está dividido em quatro seções. Inicialmente trataremos das particularidades da ADPF 347 e as possibilidade de análise no que diz respeito ao ECI e o compromisso significativo. A seguir buscamos descrever os elementos chave da cultura jurídica brasileira e sul-africana com vistas a contextualizar o papel desse elemento na construção do compromisso significativo. Ato contínuo abordaremos o processo de constitucionalização em ambos os países visando assentar melhor as distinções em ambos os casos. Na sequência apresentaremos os modos pelos os quais cada país repartiu as competências entre os entes federados e suas particularidades. Por fim, apresentamos algumas interpretações e conclusões tentativas a respeito do tema.

2. O ECI, o compromisso significativo e o desafio brasileiro.

A ADPF 347, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, transita entre esses dois conceitos. Por um lado, pede a declaração do ECI no intuito de legitimar a intervenção judicial nas decisões tomadas pelo Executivo (especialmente na questão do descontingenciamento das verbas do FUNPEN), por outro, mas sem menção expressa do termo "compromisso significativo", pede que os diversos atores envolvidos na questão colaborem mutuamente, elaborem planos de ação e que esses

[161] Segundo Didier Jr. (2016, p. 380), decisão estrutural é "*aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos*".

planos sejam apreciados pelo Supremo Tribunal Federal que os homologará e fiscalizará.

Em síntese, e no que interessam aos objetivos desse estudo, os pedidos realizados em liminar e no mérito são para que: a União libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional e se abstenha de continuar contingenciando-o; o Governo Federal elabore um plano para superação do atual quadro; este plano seja submetido à apreciação de diversos órgãos do poder público e de entidades da sociedade civil; os estados e o Distrito Federal formulem planos próprios (alinhados com o plano federal) e que este, igualmente, seja submetido aos mesmos órgãos, mas na esfera estadual, para apreciação. De tudo, o Supremo Tribunal Federal seria o homologador e fiscalizador, e atuaria, também, na fiscalização final da implementação dos planos federal, estadual e distrital.

A concretização empírica desses pedidos nos levam a enxergar a implementação, no Brasil, das premissas do compromisso significativo, exposto anteriormente. Diálogo entre órgãos públicos e sociedade civil para construção mútua de soluções, cooperação entre entes federativos, Poder Judiciário como “ponto de encontro”, agente homologador e fiscalizador da implementação das medidas pactuadas.

Formalmente, parece que encontramos a fórmula para a solução das graves violações presenciadas. O diálogo institucional e o acordo ao invés de sentenças impositivas são uma resposta efetiva ao discurso do ativismo judicial e da violação da separação de poderes, além de aumentar a probabilidade de cumprimento do que foi disposto. Porém, existem fatores cruciais que precisam ser considerados para que tudo isso seja factível.

A utilização de precedentes estrangeiros é muito comum no Supremo Tribunal Federal, mais comumente como *obter dictium* nos fundamentos dos votos. O que estamos presenciando, contudo, vai além e traz para o ordenamento jurídico nacional o modo de resolução de problemas encontrado fora das nossas fronteiras, trata-se de uma grande inovação processual, suscitada em via alternativa à lei ou aos regimentos internos.

Ainda não sabemos exatamente o que esses institutos significam e qual a real possibilidade de implementação, tendo em vista a nossa realidade social, econômica,

jurídica e política. Justamente por isso, algumas correntes vêm com cautela a "importação" irrefletida desses instrumentos. Para Alonso Freire (2014, pg. 112):

> "Quando uma norma constitucional é criada por um determinado país e um precedente é estabelecido por uma corte nacional, há um pano de fundo político, social, econômico e jurídico que muitas vezes um jurista estrangeiro ou uma corte de outro país pode não conseguir captar suficientemente. Quando se recorre a essas fontes produzidas em outros países, elementos como esses podem não estar sendo considerados por quem as invoca."

Certamente, os pedidos realizados são ousados, colocam a Suprema Corte, diversos órgãos do Executivo e entidades da sociedade civil numa espécie de mesa redonda e propõem o diálogo desses entes para a construção de uma solução. Abstratamente, essa parece ser a saída ideal para a questão, mas por outro lado desperta a indagação se as ideias que foram construídas e aperfeiçoadas na Colômbia e África do Sul encontrariam aqui, no ordenamento jurídico brasileiro, o terreno ideal para a sua implantação. Alonso Freire (2014, pg. 120) argumenta que "*(p)arece-nos evidente, todavia, que a única forma de se saber se a migração de ideias constitucionais é boa ou ruim é através da análise voltada à ordem constitucional para a qual essas ideias estão migrando*".

A utilização do conceito colombiano do estado de coisas inconstitucional e suas consequências já foram experimentadas no ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes desse nome fazer parte do nosso vocabulário. Ainda em 2004, no julgamento da ADPF 45, a possibilidade de interferência nas decisões administrativas por parte do Poder Judiciário já foi aceita, inclusive afastando o argumento da reserva do possível e da separação de poderes, com vistas a garantir a efetividade dos direitos sociais. Naquele julgamento, o Min. Celso de Mello assentou em seu voto:

> *"(...)*
>
> *É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.* ***Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais***

competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(...)

Em princípio, o Poder Judiciário ***não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade****, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação,* ***a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional****. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.*

(...)".

(ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello. Grifo nosso)

As teses aprovadas nesse julgamento foram inovadoras e fundamentam, em grande parte, o que se entende por estado de coisas inconstitucional e suas possibilidades. Porém, 12 anos após sua publicação, percebemos que elas não foram capazes de produzir uma mudança relevante na realidade brasileira e experiência recente também nos mostra que a mera declaração do ECI e a consequente interferência judicial em assuntos administrativos ainda não é capaz de produzir efeitos satisfatórios[162].

Dessa forma, optamos por analisar a alternativa do compromisso significativo. Como exposto acima, a correta "importação" de conceitos jurídicos deve considerar os contextos de origem e destino da "ideia", para que se possa verificar sua viabilidade ou que aperfeiçoamentos precisam ser implementados.

Sendo assim, que características a organização do Estado sul-africano e sua Constituição possuem que possibilitaram àquela Suprema Corte lapidar o

[162] Há um ano, o STF deferiu liminar, na ADPF 347, para que a União liberasse o saldo contingenciado no FUNPEN, mas a decisão ainda não foi cumprida.

compromisso significativo e implementá-lo? O Estado brasileiro conta com essas possibilidades?

3. Positivismo jurídico e *common law*.

A cultura jurídica adotada por um país está ligada a diversos fatores além da sua forma de ver o Direito e aplica-lo. Ela é fruto de uma construção histórica, de um modo de pensar e, por consequência, de decidir os conflitos. Desse modo, não podemos desconsiderar que Brasil e África do Sul trabalham sob perspectivas diferentes do ponto de vista jurídico-cultural. Inconteste afirmar que o Estado brasileiro vive sob o império da lei e, no que toca ao Poder Público, sob a égide do princípio da legalidade estrita.

Resultado do processo de colonização e da cultura jurídica romano-germânica implantada, Direito para nós é o que está no papel, é o que está na lei. Outro resultado desse contexto histórico é a postura de império adotada pelo Estado, na qual o poder público rege e controla todos os aspectos da vida das pessoas, e o faz por meio da lei (CASTRO, 2016).

Há diversas críticas em relação à forma pela qual lidamos com as leis no Brasil. Por um lado, há a crença de que tudo se resolve por meio delas (fruto da consciência imperialista-positivista), levando-nos a legislar incontrolavelmente e sobre aspectos cada vez mais minuciosos da vida. Por outro, e paradoxalmente, há por aqui o fenômeno ímpar de leis que “não pegam” e por isso não são cumpridas sem maiores (ou nenhuma) consequências. O fato é que não vivemos sem leis ou regulamentos e menos ainda o Poder Público.

Marcada por décadas de patrimonialismo e corrupção indisfarçada, a forma encontrada para tentar levar a probidade para o seio da Administração Pública foi vincular todo ato do administrador público à lei, com previsão Constitucional e interpretação restrita, assim, de acordo com o art. 37, c*aput*, da Constituição Federal, todo ato do administrador público deve ser regido pela lei. Nesse sentido, nos explica José dos Santos Carvalho Filho (2016, pg. 19):

> “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”

O mesmo contexto não se verifica quando analisamos, mesmo que sucintamente, a Carta Política da África do Sul. Colônia do Reino Unido até 1961, a cultura jurídica daquele país certamente é bastante distinta a do Brasil. Pois, mesmo

positivando o seu direito, os sul-africanos não suprimiram a existência e a validade dos costumes. Isso não significa que o Poder Público prescinda de comandos normativos para a atuar naquele país, mas evidencia que a lei não é a condição *sine qua non* de atuação estatal, pois outras fontes de direitos são reconhecidas e utilizadas. A constituição legitimou, inclusive, que em se tratando de direitos fundamentais, a utilização de leis estrangeiras e internacionais seria permitida. Versa a seção 39 da Constituição daquele país:

> ***“Interpretação da Carta de Direitos***
> *39. (1) Ao interpretar a Carta de Direitos, a corte, tribunal ou fórum—*
> *(a) deve promover os valores subjacentes a uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade;*
> *(b) deve considerar o direito internacional; e*
> *(c) deve considerar o direito estrangeiro.*
> *(2) Ao interpretar qualquer legislação, e ao desenvolver o direito comum ou o direito costumeiro, toda corte, tribunal ou fórum deve promover o espírito, propósito o objetivos da Carta de Direitos.*
> *(3) A Carta de Direitos não nega a existência de nenhum outro direito ou liberdades que sejam reconhecidos ou conferidos pelo direito comum, pelo direito costumeiro ou pela legislação, na extensão de sua consistência com a Carta.”*
> *(ÁFRICA DO SUL, 1996, tradução nossa).*

Certamente, podemos afirmar que existe, na África do Sul, uma flexibilidade maior do que no Brasil na concepção do que é Direito. Isso, sem dúvida, permeia toda cultura jurídica do país e reflete-se na forma que os atores do Direito atuam, em especial os juízes.

Não é necessária muita argumentação para demonstrar que nosso ordenamento jurídico, no sentido mais amplo do termo, funciona de forma bastante distinta. Isso, sem dúvida, se reflete na forma que se conduzem as ações judiciais, aqui e lá. Essa base jurídico-filosófica criou o terreno necessário para que o compromisso significativo fosse desenvolvido, tendo em vista tratar-se de um acordo e não de uma lei ou sentença formal, e de que o norte desse acordo é a efetivação de direitos fundamentais. É nítida sua harmonia com a seção 39.2 daquela Carta Política.

4. Analisando o contexto histórico de produção constitucional.

Na análise do contexto que provocou o nascimento de ambas as constituições tal como são, não apenas a cultura jurídica implantada em cada país deve ser

considerada, mas também há de se observar os respectivos contextos políticos que culminaram na edição dos respectivos documentos.

A constituição brasileira de 1988 é sabidamente uma constituição pós-regime ditatorial, ela reinstala o ordem democrática, e, por isso, carrega consigo o "trauma" do regime de exceção e sua ausência de garantias de direitos. Provavelmente, este foi um dos elementos que tornaram-na tão analítica e minuciosa. Para Flávia Lages de Castro (2016, pg. 562) *"[o] caráter enciclopédico da Constituição derivava do medo do retorno ao arbítrio, ainda muito recente na memória nacional". A Lei Maior parecia ser o lugar mais protegido que as conquistas democráticas poderiam ficar*".

As conquistas democráticas positivadas na Carta de 1988 foram cruciais para o início da nova ordem, contudo este documento não foi capaz de extinguir o caráter imperial e centralizador da União, e mesmo instituindo uma federação, o poder continuou extremamente central e burocrata. Não nos livramos totalmente do imperialismo, nem do formalismo exacerbado. Para Paulo Bonavides (2009, pg. 357):

> "Desde a proclamação da República até agora, jamais houve da parte das diversas constituintes instaladas neste País ao longo do século XX um estado de ânimo volvido para a necessidade de uma revisão federativa fundamental. O velho modelo precisa de consideráveis aperfeiçoamentos e de certa mudança qualitativa e até estrutural, se possível".

É possível afirmar que, se por um lado o Constituinte de 1988 preocupou-se em estabelecer um extenso rol de direitos, por outro falhou em garantir os meios para que eles pudessem ser materializados. Não me refiro a garantias jurídicas e processuais, mas a garantias políticas, a garantias de um "meio ambiente" federativo propício e amigável à concretização de direitos e não um cenário de conflitos e disputas, como o atual.

A África do Sul percorreu caminho distinto. Liberta do domínio britânico apenas em 1961, aquele país enfrentava um regime segregacionista que, segundo Michele Pedrosa Paumgartten (2012, pg. 153), "*tornou a África do Sul uma das economias mais desiguais do mundo*". Com o reconhecimento do fracasso do *apartheid*, o objetivo da nova constituição era reconstruir o país, mergulhado em protestos e violência, e assegurar uma nova ordem jurídica que eliminasse as desigualdades sociais e raciais.

Há duas características extremamente peculiares no processo de constitucionalização da África do Sul: (*i*) a constituição sul-africana foi redigida sob

intensa negociação com o partido político que sustentou o *apartheid* por décadas, não houve uma abrupta ruptura política ou uma tomada de poder, e (*ii*) não houve uma assembleia constituinte com poderes ilimitados para redigir o novo texto constitucional, os opositores do regime *apartheid* submeteram à ratificação do Congresso do Povo a Carta da Liberdade, um documento com 34 pontos que a nova constituição deveria observar. "*A Constituição final não podia ser assinada pelo presidente ou ser promulgada antes de a corte 'certificá-la', confirmando não haver conflitos entre os 34 princípios e o projeto final da Constituição*" (PAUMGARTTEN, 2012, pg. 152).

Por mais que o conteúdo material das Cartas brasileira e sul-africana seja convergente em muitos pontos, não há como negar que foram produzidas em contextos e sob condições extremamente distintas. O diálogo entre os poderes e entes federativos, a negociação e a cooperação e a Suprema Corte como órgão "homologador" das escolhas dos outros poderes estão enraizados na cultura sul-africana, levando-nos a aprofundar a reflexão sobre a possibilidade de aplicação, no Brasil, de medidas desenvolvidas lá.

5. A repartição de competências e o *co-operative government*.

A tradição jurídica positivista refletiu-se fortemente, também, na construção do federalismo brasileiro. Houve a preocupação de separar exaustivamente as atribuições e competências de cada ente, além de prever, também de forma detalhada, que órgão do poder judiciário seria o competente para julgar os litígios entre as pessoas jurídicas de direito público.

Mesmo nos pontos onde se previu uma atuação cooperada, detalhou-se em quais matérias isso ocorreria e condicionou essa cooperação à existência de lei específica. O parágrafo único, do artigo 23, da Constituição brasileira, diz o seguinte:

> "**Parágrafo único**. Leis complementares fixarão normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional."

Incluído pela Emenda Constitucional n.º 53, de 19 de Dezembro de 2006, até o momento, apenas uma lei foi editada com fundamento nesse parágrafo[163]. Parece

[163] A Lei Complementar n. 140/2011 fixa normas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

que houve uma preocupação com a cooperação entre os entes na nossa federação, mas ainda é um movimento tímido e insubsistente.

A Constituição Federal de 1988 não possui como premissa o diálogo e a cooperação entre os entes da federação, do contrário, listou taxativamente a competência de cada um e apontou o órgão judicial onde qualquer conflito deve ser resolvido. A consequência natural desse arranjo é o altíssimo número de ações judiciais em que os entes da federação figuram nos dois polos da causa. A cultura do litígio, impregnada na sociedade civil, também encontra seu espaço nas esferas de poder e se transforma num círculo vicioso de gastos, ineficiência e desperdício financeiro e humano, tendo em vista que o erário precisa financiar um número cada vez maior de advogados públicos, promotores de justiça, defensores públicos, além do próprio poder judiciário, que precisa se equipar e se expandir para atender o crescente volume de processos. Tudo isso legitimado pela nossa ordem constitucional que fixou rigidamente a atuação dos entes e conferiu competência ao judiciário para solucionar todas as controvérsias.

Novamente, a distinção entre Brasil e África do Sul se intensifica. O constituinte sul-africano também instituiu, naquele Estado, a federação em três níveis e listou de forma sucinta as competências de cada ente, porém optou por uma interpretação mais aberta dessas competências, evidenciando o caráter cooperativo e dialogal, e também não designou taxativamente um órgão para o julgamento dos possíveis conflitos federativos. Ao invés disso, aquela constituição instituiu, em um capítulo com duas seções, o que chamou de governo cooperativo (*co-operative goverment).* O texto é claro ao afirmar que aquele Estado é formado pelas esferas nacionais, provinciais e locais e que esses entes são distintos, mas interdependentes e interrelacionados. E, apesar de prever um rol de competências, a Constituição estabelece que, no exercício de suas funções, os entes federativos devem cooperar e prestar suporte entre si. A seção 41.1.h funda o princípio da cooperação nos seguintes termos:

> “41.(1) Todas as esferas do governo e todos os órgãos do em cada esfera devem—
> (h) cooperar uns com os outros em mútua confiança e boa-fé para—
> (i) fomentar relações amigáveis;
> (ii) dar assistência e suporte entre si;
> (iii) informar uns aos outros sobre, e consultar uns aos outros em, matérias de comum interesse;

(iv) coordenar os atos executivos e legislativo entre si;
(v) aderir a procedimentos acordados; e
(vi) evitar a judicialização uns contra os outros.”
(ÁFRICA DO SUL, 1996, tradução nossa).

Não haveria a necessidade de instituir a confiança e a boa-fé como balizas de uma cooperação, aquelas são pressupostos desta, mas percebemos que o constituinte decidiu detalhar quais seriam os pressupostos da relação entre os entes federativos. E não foi sem propósito. Lançadas como princípios constitucionais, confiança e boa-fé têm o poder de desburocratizar a ação do Estado, destravar a máquina pública e trazer eficiência e rapidez. Se esses elementos, por si só, não são garantia de agilidade, certamente são importantes ferramentas para a redução de entraves.

Os princípios de fomento às relações amigáveis, mútua assistência e suporte e de informação e consulta em temas de comum interesse culminam na previsão constitucional de coordenação entre os respectivos poderes executivo e legislativo. A constituição não lista matérias ou temas, ou sequer faz ressalvas negativas. O administrador sul-africano tem ciência que foi eleito para gerir determinado território, mas deve estar atento e cooperar com todos os outros. É a instituição ampla e irrestrita do federalismo cooperativo.

Ainda na seção 41.1.h, o princípio da cooperação traz outros importantes preceitos que afetam diretamente o modo como os conflitos que possam surgir serão administrados. Os itens *v* e *vi* aduzem aos acordos e a não judicialização das causas entre os entes do Estado. E, novamente, vai além, instituindo como pré-requisito para a interposição de ações judiciais o empreendimento de todos os esforços razoáveis e o esgotamento de todos os outros recursos para a solução do caso. Ou seja, somente após comprovar que a via dialogal não surtiu efeitos, que os acordos não foram cumpridos e que a cooperação falhou, é que deve-se procurar o judiciário. Assim diz a seção 41.3:

“(3) Um órgão do Estado envolvido numa disputa intergovernamental deve fazer todo o esforço razoável para resolver a questão por meio de mecanismos e procedimentos disponíveis para aquele propósito, e devem esgotar todos os outros remédios antes de invocar uma corte para resolver a disputa.”
(ÁFRICA DO SUL, 1996, tradução nossa).

Por óbvio, a mera previsão constitucional de todos esses pressupostos e pré-requisitos nas relações entre os entes federativos não garantem a sua eficácia. Se por

um lado são conceitos fortes e carregados de significado e consequência, por outro, são termos abertos, sem uma conceituação objetiva definida e de ampla interpretação. Nesse sentido, esses atores poderiam invocar o judiciário para resolver seus conflitos, alegando ter desprendido todo o esforço razoável e esgotado todos os recursos possíveis, sem que isso pudesse ser verificado materialmente. Cuidou, portanto, o constituinte de criar um duplo controle que garantisse a efetivação do diálogo e da cooperação na federação. A seção 41.4 possui a seguinte redação:

> “(4) Se um tribunal ou corte não estiver convencido de que os requisitos da subseção (3) foram alcançados, devolverá a questão aos órgãos do Estado envolvidos. “
> *(ÁFRICA DO SUL, 1996, tradução nossa).*

Tratando a lide de conflito entre entes federativos, o diálogo e a cooperação foram alçados a requisito de admissibilidade para conhecimento da causa pelos Tribunais. Podendo este, legitimado pela constituição, não apreciar o mérito e devolver a causa às partes, se entender que não houve o prévio esgotamento das vias dialogais e cooperativas. O Poder Judiciário se abstém de julgar enquanto as partes não comprovem que tentaram resolver a questão de todas as formas. O que pode ser criticado como algo que pode protelar ainda mais o processo, na verdade, tem o poder de evitá-lo, já que é do conhecimento de todos que o judiciário só agirá em último caso e se estiver convencido de que os meios dialogais foram exauridos.

As premissas discutidas até o presente ponto podem ser melhor visualizadas numa decisão concreta da Corte Constitucional, que, inclusive, mostrou-se crucial para a conceituação do compromisso significativo. Em 2008, a Corte Constitucional Sul-Africana julgou o caso *Occupiersof 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry.* Numa precisa síntese sobre este litígio, Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior (2015, pg. 29) relata que:

> “(...) [M]ais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johanesburgo se voltaram contra a desocupação ordenada pela Cidade, que alegava razões de segurança e de saúde. A Corte emitiu ordem provisória para a Cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente em: *i)* resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; *ii)* aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e *iii)* reportar os resultados do compromisso.”

Empoderar os envolvidos para que juntos encontrem a melhor solução, desde que observadas as balizas constitucionais, funciona, para os agentes públicos, como

um mecanismo de responsabilização, pois eles passam a ter o encargo de encontrarem juntos uma alternativa que não a judicialização para a solução de conflitos ou impasses institucionais. E, havendo cidadãos na controvérsia, essa medida é eficaz em aguçar-lhes a consciência cidadã e democrática de que são agentes atuantes e não meros expectadores do fenômeno constitucional.

6. Conclusões preliminares.

Neste breve estudo dos fundamentos da constituição sul-africana fica evidente que (*i*) temos semelhanças importantes na forma de organização dos nossos Estados, porém, os pontos que nos distinguem são cruciais e formam as bases sob as quais o compromisso significativo pôde, após algumas tentativas e ajustes, ser implementado naquele país, e (*ii*) interpretando cuidadosamente os princípios positivados no texto constitucional sul-africano, reconhecemos que o compromisso significativo não constitui, necessariamente, uma inovação no ordenamento jurídico a na administração pública daquele país.

O administrador público sul-africano, pelo que vimos esculpido naquela constituição, está preparado (e se não está, não pode alegar que desconhecia) para o fato de que sua administração será compartilhada e terá que dialogar com os diversos outros entes que compõem aquele estado. Os conflitos suscitados deverão ser resolvidos entre as partes, pois o judiciário só intervirá em último caso e se estiver convencido que deve. Sabidamente esta não é a realidade verificada no Brasil, em raros casos e, em geral, apenas se envolvem interesses econômicos, nossos administradores dialogam, cooperam. As divergências rapidamente são judicializadas e longas batalhas se travam em nossas cortes.

Toda a reflexão aqui desenvolvida não visa demonstrar a adequação ou não do compromisso significativo à realidade jurídica e à administração pública brasileira, contudo precisamos reconhecer que, como dito, este instituto não representou uma grande inovação na África do Sul, mas sim uma aplicação de conceitos que já estavam esculpidos na sua Carta Política e, principalmente, de um *modus operandi* já enraizado na vida pública.

Aplicar esse conceito, da forma como foi pedido na ADPF 347, implicaria uma revolução administrativa, cultural e jurídica na política brasileira. De todas essas, as alterações jurídicas podem ser as mais simples, tendo em vista a importância que os direitos fundamentais possuem em nosso ordenamento e as superações que já

fizemos, demonstrando sua supremacia em face de outros paradigmas. Entretanto, conforme disposto, isso poderia repercutir em mais um exemplo da consciência imperialista/positivista brasileira, criando normas sem perspectiva de aplicabilidade e eficácia.

A mudança política e cultural seria o grande desafio desse momento. Incutir, em todos os poderes, o diálogo e a cooperação, em contraponto aos interesses políticos escusos, à burocracia exacerbada, à ineficiência da máquina pública são parte da *longa e sinuosa* estrada[164] que precisamos trilhar. Mesmo o Poder Judiciário deve adotar uma nova postura, visando à efetividade do processo. A exemplo do visto na África do Sul, não decidir, em alguns casos, pode ser o meio mais eficiente para atingir o resultado esperado.

Tudo indica que estamos diante de uma importante ferramenta, só precisamos aprender a manejá-la com as mãos que temos.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul*, 1966. Disponível em: < http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/images/a108-96.pdf >. Acesso em 1º de Setembro de 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de Setembro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

[164] Em referência à comparação desenvolvida pelo Min. Luís Roberto Barroso em: *Brasil: o caminho longo e sinuoso*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferencia-NYU-11-abr2016-versao-final.pdf

CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo / Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. – 10. Ed. – Salvador: Ed.JusPodivm, 2016.

FREIRE, Alonso. *O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre, Coord. Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-125.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Constitucionalismo Transformador: O caso sul-africano*. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 147-161. Agosto de 2012. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/334/290. Acesso em 05 de Setembro de 2016.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de Agosto de 2016.